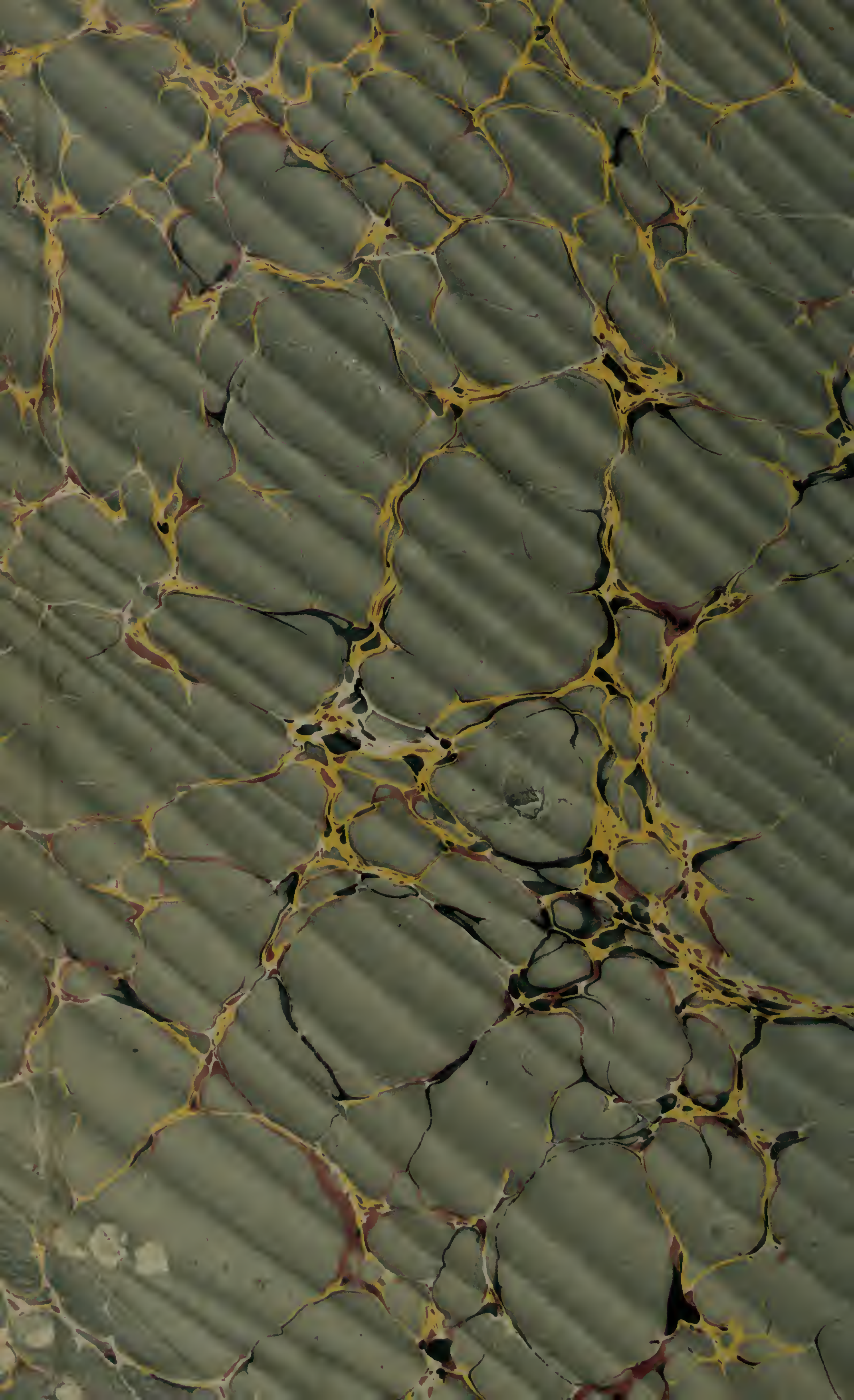
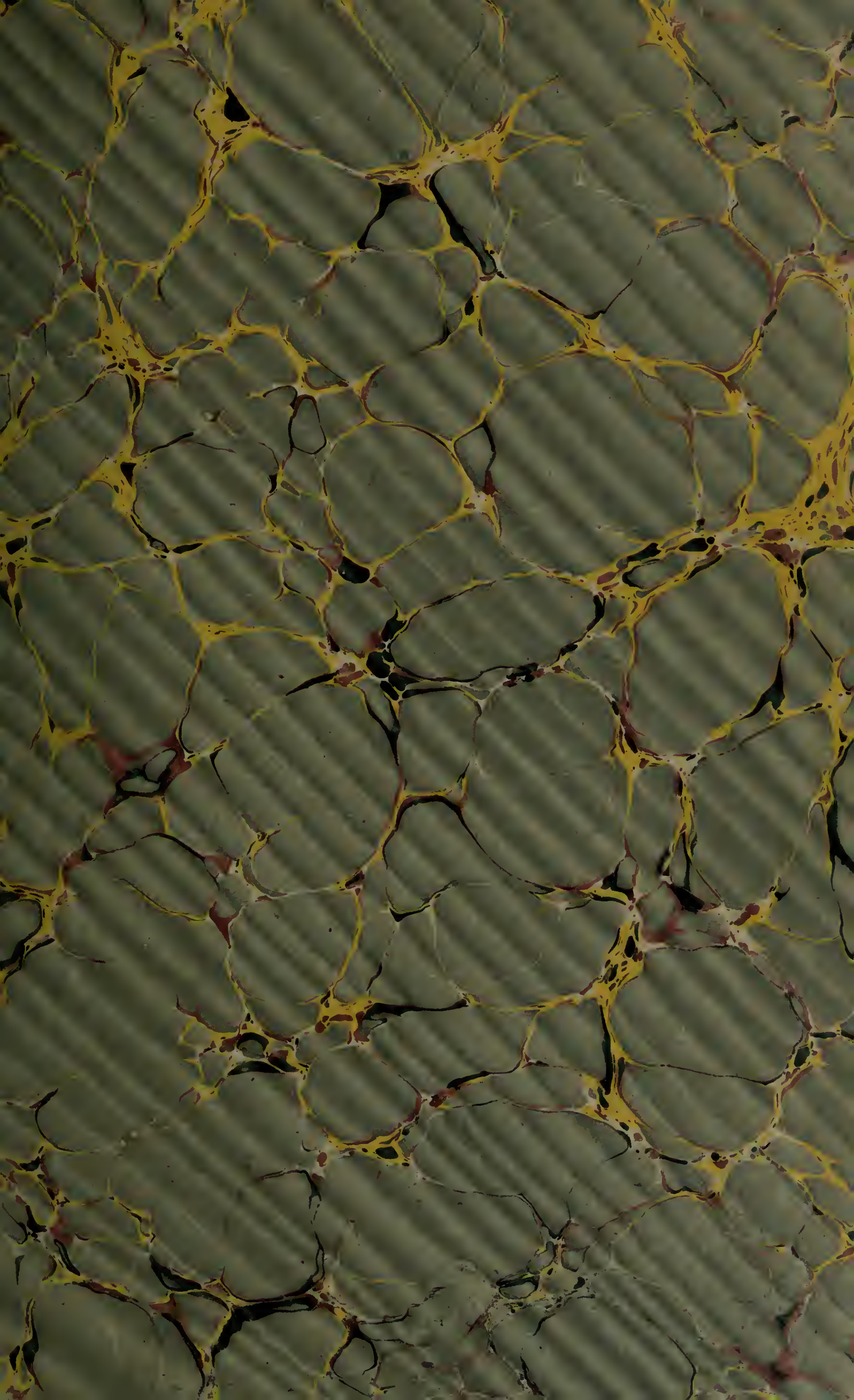

3 1761 07501766 5





LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES

OBRAS DEL MISMO AUTOR

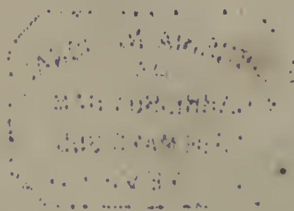
—

Memoria presentada en 1874, como Ministro de Gobierno, á la Legislatura de la provincia de Buenos Aires. 1 vol. en 8. Buenos Aires, 1874.

Tratado de Derecho internacional. Tomo 1° en 8, de 518 pág. Buenos Aires, 1878.

Estudio sobre el curso forzoso. 1 vol. en 8, de 394 pág. Buenos Aires, 1880.

Estudios sobre el Código de Comercio. 1 vol. en 8, de 211 pág. Buenos Aires, 1880.



LAS GARANTIAS

CONSTITUCIONALES

POR

AMANCIO ALCORTA

CATEDRÁTICO DE DERECHO INTERNACIONAL, MIEMBRO ACADÉMICO HONORARIO
DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
MIEMBRO ACADÉMICO DE NÚMERO DE LA FACULTAD DE HUMANIDADES Y FILOSOFIA
DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
EX-DIPUTADO AL CONGRESO NACIONAL, EX-DIPUTADO Á LAS CÁMARAS
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, EX-MINISTRO DE HACIENDA, EX-MINISTRO
DE GOBIERNO, EX-MIEMBRO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA
EX-FISCAL GENERAL, EX-MIEMBRO DEL DIRECTORIO DEL BANCO DE LA PROVINCIA
DE BUENOS AIRES, ETC., ETC.



BUENOS AIRES
FÉLIX LAJOUANE, EDITOR
LIBRAIRIE GÉNÉRALE
53 — CALLE DEL PERÚ — 53

PARIS
L. LAROSE & FORCEL
LIBRAIRES-ÉDITEURS
22 — RUE SOUFFLOT — 22

MADRID
VICTORIANO SUAREZ
LIBRERO-EDITOR
72 — CALLE JACOMETREZO — 72

1881



Buenos Aires. — Imprenta de PABLO E. CONI, calle Alsina, 60.

PREFACIO

« Desde ciento cincuenta años atrás, ha dicho Deschamps, el mundo moderno es presa de una instabilidad que se traduce tanto por convulsiones en las que son arrastrados los gobiernos y las instituciones seculares, tanto por un trabajo lento pero contínuo que debilita los principios de religion, de derecho, de moral, de gerarquía, sobre los que la sociedad ha reposado en todo tiempo». (1) Pero si esto puede ser exacto y á tan formidable fenómeno se le llama revolucion, no lo es menos que tales movimientos son el resultado lento pero seguro del progreso humano, con todo el cortejo de sus errores y desastres.

Todo en la humanidad es el resultado de un esfuerzo, de una lucha en el órden moral ó físico, y así se dijo con verdad, «con el sudor de tu rostro comerás el pan». La voluntad creada no puede alterar esta ley inmutable, pero puede dirijir los movimientos que conducen á ese fin y evitar ó aminorar los estravíos en que caen los espíritus mas cultivados, cuando se dejan dominar por las pasiones. Este es el trabajo mas sério y el único que depende esclusi-

(1) *Les sociétés secrètes et la société*, t. I, pág. 19.

vamente del poder humano, porque es su manifestacion espontánea: el torrente no se detiene sinó se dirije para evitar sus males y convertir sus aguas en riegos benéficos.

Todos los pueblos han sufrido ó sufren estos movimientos mas ó menos violentos, y sean cuales fueren los medios que ponen en juego y su condenacion por la ley moral, no puede negarse que en medio á las perturbaciones de doctrinas estravagantes y contrarias á la naturaleza humana, algun fondo de justicia existe que no debe despreciarse, porque quizá en él consista el elemento del progreso.

La República Argentina ha llevado una vida de sinsabores y amarguras desde su emancipacion misma; y regado su suelo por la sangre de sus hijos ha visto sobre su frente estampado el *South América* como un signo de desprecio. Pero esa situacion que tantas causas esplican, es un rico caudal de esperiencia que no puede despreciarse, y es la escuela de aprendizaje por la que hemos tenido que pasar para conquistar nuestra actual condicion política y social. No es despreciándola que algo alcanzaremos: es buscando en sus elementos las soluciones palpitantes, que podremos ponernos en guardia contra nuestros errores y pasiones. Persigamos las grandes conquistas, y aprendamos á evitar los estravios á que nos conducen nuestras debilidades.

Desgraciadamente todo no marcha así y los elementos concurrentes cooperan á estraviar los elementos de opinion y á desnaturalizar los principios constitucionales. Acabamos de salir de una dolorosa situacion, dejando girones de nuestras instituciones y enrojecido con sangre de hermanos el

pedazo mas rico del suelo de la pátria. No quiero juzgarla, aunque se puede decir, sin temor de equivocarse, que á nadie de los que tuvieron participacion en ella, le es lícito arrojar la primera piedra. ¿Hemos aprendido algo? ¿Cuáles han sido sus resultados?

Se ha roto el equilibrio de nuestro sistema federal dejando en la impotencia la única Provincia que podia impedir las posibles absorciones del gobierno central, creyendo que esa era la condicion de la nacionalidad, en una situacion creada mas por los hombres que por la importancia respectiva de los Estados. Han quedado en pié los partidos permanentes con los ódios y rencores de toda lucha llevada al terreno de la fuerza, y las brisas benéficas de un porvenir tanto tiempo esperado, no parecen disipar todavía las negras nubes del horizonte político.

Así, el poder nacional sin contrapeso, ajitado por movimientos imprudentes y que los círculos no meditan bastante, exajera sus propias atribuciones pudiendo llegar hasta poner en peligro el juego regular de las instituciones locales; y á nuestro juicio no hay otro medio de volver todo á su quicio, de hacer que las instituciones tomen su carácter genuino, que buscar las interpretaciones de las disposiciones constitucionales con un criterio desapasionado y fuera de todo interés, de toda combinacion política.

Las grandes limitaciones constitucionales llaman siempre la atencion pública, porque se presentan con un carácter general en que todos se encuentran comprometidos, en que todos y cada uno pueden sufrir sus consecuencias: no sucede asi con las limitaciones que tomadas especialmente

hieren en un momento dado el derecho ó el interés de un individuo aislado, aunque sus resultados puedan ser mas tarde funestos para todos. Este es nuestro modo de ser, y parece que estuviera en nuestro temperamento y en nuestra raza agregados al egoismo que se desarrolla en los individuos con las necesidades que crea el progreso social y las nuevas exigencias de la vida.

Con este convencimiento y observando los males que causan las pasiones políticas con sus soluciones tan exageradas como contradictorias, hemos pensado que fuera útil el estudio de las garantías constitucionales y sus limitaciones, en tanto se invocan por los individuos y por los gobernantes en el ejercicio de los derechos que les son propios.

Hemos buscado las soluciones con espíritu sereno y sin ideas preconcebidas; y al formularlas en este libro, se verá por lo menos los esfuerzos del que busca la verdad, sean cuales fueran los errores que en sus investigaciones ha podido cometer. «El mas grande de los placeres humanos, ha dicho Thiers, es el de satisfacer su propia inteligencia, el de decir lo que se cree verdadero y decirlo ante todo el mundo». (1)

Buenos Aires, 15 de Julio de 1881.

(1) *Discours parlementaires*, t. VI, pág. 210.

LAS

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS INDIVIDUALES

I

No hay palabra, ha dicho Montesquieu, que haya recibido significados mas diferentes y que haya impresionado los espíritus de tantas maneras como la libertad. (1) Y la verdad de esta afirmacion se esplica fácilmente, si se tiene en cuenta que la libertad ha formado en todos los tiempos el desideratum de los indivíduos y de los pueblos en sus esfuerzos por operar su desenvolvimiento.

Desgraciadamente, la confusion del significado no ha sido un hecho aislado que ha pasado sin influencia

(1) *De l'Esprit des lois*, lib. XI, cap. II.

entre las tantas abstracciones de los espíritus militantes. Buscando su aplicacion, ó sufriendo la influencia del medio en que aparecía, sus efectos se han hecho sentir en todas las manifestaciones de la actividad humana, imprimiendo un sello de consecuencias mas ó ménos fatales.

En las sociedades antíguas, el indivíduo desaparecía ante la familia y ante la patria, porque la familia y la patria eran el conjunto de todas las aspiraciones y de todos los derechos; y de aquí la libertad en la omnipotencia del Estado, en la manera de gobernar ó de ser gobernado, sin consultar para nada los derechos de los indivíduos, sin tener en cuenta su personalidad. Mas tarde, y á la desaparicion del mundo antíguo, los elementos sociales desaparecen en el caos de las invasiones devastadoras, y el indivíduo recupera su independencia salvaje, las leyes directoras pierden toda su influencia, y la libertad se presenta en la semejanza soñada del estado natural, en el indivíduo aislado y fuera de la sociedad, falseando así su destino marcado por la mano de Dios en todos los elementos que constituyen sus caractéres distintivos.

¿Era esto lo que debía presentarnos el mundo moderno? ¿Era esta la verdadera manifestacion de la libertad en el individuo y en la sociedad? Las luchas contínuas y las conquistas que han sido sus consecuencias, nos demuestran hoy claramente que no; y que solo las turbulencias de las ambiciones y de los intereses, y la ignorancia de las mayorías que se sometian fácilmente á su influencia corruptora, han podido desnaturalizar los sanos principios y hacer difícil sinó imposible, su adquisicion.

Si la libertad, tomada en su sentido absoluto ó abs-

tracto, puede decirse que no es sinó la manifestacion ó el ejercicio de la facultad de hacer ó no hacer todo aquello que la voluntad designe, así no es como debe entenderse en la sociedad y en el indivíduo, obrando en ella como imposicion de su propia naturaleza. El indivíduo, como tal, no tiene ni puede tener la independencia absoluta que el ejercicio de tal facultad parece suponerlo, desde que la espontaneidad de sus manifestaciones individuales se opera y se desarrolla en una vida de relacion encarnada en un estado social de que no le es lícito prescindir.

La posibilidad de hacer ó de no hacer, no depende de la voluntad que puede obrar en los movimientos puramente sicológicos con independencia completa, porque la eleccion reducida á una forma práctica y tangible, puede encontrarse con otra manifestacion que, en ejercicio de una eleccion igualmente respetable, ofrece una limitacion insalvable. ¿Podría decirse, entónces, que ha desaparecido, que no existe la libertad?

Si la libertad fuera ese poder, esa facultad de que venimos hablando, sin duda que así debiera pensarse; pero ni en el indivíduo, ni en la sociedad es posible discurrir de esta manera, porque el caos individual y social no pudo ser jamás la realizacion de los destinos de la humanidad. La armonía de todos los elementos creados es el gran secreto de la omniciencia de la potestad divina, que dando formas al mundo ha marcado á todos los elementos materiales y morales sus movimientos concordantes, que solo volverán al caos de que salieron por el ejercicio de su voluntad omnipotente.

Así, cuando en las relaciones de la humanidad bus-

camos la libertad como uno de sus atributos, la buscamos en la realidad armónica de su existencia y no en su negacion, porque tal no ha sido el fin de la voluntad creadora. La libertad omnipotente, solamente en Dios existe; la libertad en sus creaturas es la facultad limitada porque es el patrimonio de todas y de cada una, en la medida necesaria para cumplir sus destinos individuales y sociales.

Dada la existencia del individuo y de la sociedad, como condicion de su propia naturaleza, la libertad no puede ser la facultad sicológica que nos presenta en aptitud de hacer ó no hacer, de elegir nuestra situacion con independencia absoluta; y puede decirse con verdad que en este sentido anárquico y disolvente no se ha mantenido en las evoluciones sucesivas de la humanidad con caractéres estables. ¿Qué debemos entender, entónces, por libertad?

Podemos decir que por libertad, en general, debe entenderse la facultad que tiene todo hombre de desenvolverse ejercitando sus derechos individuales de un modo *consciente y autónomo,* bajo la garantía de la ley. La libertad será política ó civil: la primera como la facultad de gobernarse; la segunda como la facultad de ejercitar los derechos que constituyen su personalidad y que si no nacen de la ley son garantidas por ella: la una es un medio, la otra es un fin, es la libertad misma. (1)

Considerada, pues, la libertad bajo el triple aspecto

(1) El Dr. Ugarte, definía así la libertad. « Es el derecho que tiene todo hombre para usar de sus facultades naturales ó adquiridas, del modo que mejor convenga al mas amplio desenvolvimiento de su personalidad, sin otro límite que el respeto que debe al derecho idéntico que tienen los demás ». *Las Provincias ante la Córte,* pág. 15.

en que puede presentarse: 1° en relacion al hombre en su vida individual, no es sinó una pura abstraccion, desde que es imposible concebirle aislada, á no ser para sus manifestaciones puramente internas ó morales; 2° con respecto al hombre en su vida de relacion con los otros hombres, es la libertad civil; 3° con respecto al hombre en su vida de relacion con el Estado, es la libertad política.

II

¿Cuál es la verdadera libertad, cuál debe ser la aspiracion suprema? No es nuestro objeto en este momento entrar en largos desenvolvimientos sobre esta materia. La confusion de la libertad política y de la libertad civil, y la preponderancia de la primera, han producido graves perturbaciones en el órden social, porque ello ha importado la confusion del fin con el medio. La libertad política ha podido y puede hacer un Estado libre, pero no ha podido ni puede hacer un indivíduo libre, porque la libertad en la eleccion del medio, no es la libertad en la realizacion del fin. Pueblo libre en el sentido político no es sinónimo de indivíduo libre: las repúblicas antíguas y aun de la edad media, nos presentan el ejemplo palpitante de este fenómeno social: el individuo tomaba parte en la cosa pública siendo á su turno gobernante y gobernado, pero desconocidos los derechos individuales, el ejercicio de su personalidad terminaba allí, quedando esclavo de su misma libertad tan ampliamente manifestada. (1)

(1) Véase: BENJAMIN CONSTANT, *Politique constitutionnelle*, t. II, pág. 539.

Si fuera necesario optar entre la libertad política y la libertad civil, diriamos con Bertauld, que la cuestion estaría resuelta, porque una libertad que en su aislamiento, me espone á ser esclavo, es una libertad singular. (1) Pero no se trata de esto: si la libertad política puede ser rechazada como fin, no puede serlo como medio, porque es un medio necesario, indispensable, en tanto sirve de traba al poder del Estado para mantenerlo en su rol de protector de la libertad civil. (2) Solamente en los pueblos donde existe plena libertad política como garantía de la libertad civil, puede decirse que el ciudadano es libre y que vive en un Estado libre, porque aceptando la fórmula de Remusat (3) podemos decir que la libertad consiste en la libertad civil asegurada por la libertad política, en el derecho garante del derecho. El Estado, como persona, será un fin ó será un medio, ó será ambas cosas (4): la libertad que lo forma como espresion de una voluntad que obedece á exigencias de su propia naturaleza, nunca será sinó una

—LIEBER, *La libertad civil*, t. I, pág. 39. — LABOULAYE, *L'Etat et ses limites*, pág. 103. — LASTARRIA, *La América*, pág. 104. — LAURENT, *Etudes*, t. XIII, pág. 65. — LIEBER, *Manual of Political Ethics*, t. I, pág. 360.

(1) *Philosophie politique de l'histoire de France*, pág. 155.

(2) BENJAMIN CONSTANT, dice: La libertad individual, hé ahí la verdadera libertad moderna. La libertad política es la garantía: la libertad política es por consiguiente indispensable. *Politique constitutionnelle*, t. II, pág. 55.

(3) *Politique libérale*, pág. 364.

(4) Véase BLUNTSCHLI, *Derecho público universal*, t. I, pág. 253, trad. de Garcia Moreno y Ortega y Garcia. — REUS Y BAHAMONDE, *Teoria orgánica del Estado*, pág. 183. — PIERANTONI, *Trattato di diritto costituzionale*, t. I, págs. 134 y siguientes.

garantía, ó el *desideratum* de la existencia de aquel en la realizacion de sus destinos. (1)

III

¿Pero qué son los derechos individuales? ¿Qué significan las garantías individuales ó constitucionales? Se llaman derechos individuales á todos aquellos derechos que constituyen la personalidad del hombre y cuyo ejercicio le corresponde esclusivamente, sin mas límite que el límite del derecho recíproco. Las garantías constitucionales son la realizacion por escrito de esos derechos en el cuerpo de preceptos constitutivos del Estado y los que se encuentran fuera del alcance de los poderes públicos. (2)

(1) Véase además de los escritores citados : Stuart Mill, *La Liberté.* — Bluntschli, *Derecho público*, t. II, pág. 33. — Fitzjames Stephen, *Liberté, Egalité, Fraternité*, trad. de Greban. — Laurent, *Histoire de l'humanité*, t. XIII, pág. 49. — Bilbao, *Obras completas*, t. II, pág. 243. — Clamageran, *La France républicaine*, pág. 113. — Tiffany, *Derecho constitucional*, pág. 14. — Costa, *Teoria del hecho jurídico*, págs. 108 y siguientes. — Mailfer, *La Démocratie en Europe*, pág. 79. — Estrada, *Curso de Derecho constitucional*, conferencia XVII. — Garnier-Pages, *Dictionnaire politique*, verb. Liberté. — Russell, *Histoire du Gouvernement et de la Constitution britannique*, pág. 82. — Duarte, *Estudio sobre las garantías individuales*, pág. 103. — Blackstone, *Commentaires*, t. I, pág. 215, nota 1, de Christian. — Alberdi, *La omnipotencia del Estado es la negacion de la libertad individual*, pág. 37. — Laboulaye, *Questions constitutionnelles*, pág. 11.

(2) « Estamos persuadidos, decia el Dr. Castro, de que la seguridad individual es la base de todo derecho, y es á lo que tienden los pueblos libres. El cáracter de un pueblo libre se conoce en que todo se afecta á la seguridad personal ». — *Diario de Sesiones del Congreso*, nº 152, pág. 41. — Véase tambien Calderon, *Diccionario de Legislacion peruana*, verb. Garantía.

Los derechos individuales, aunque elementos de la personalidad del hombre, se manifiestan en la persona misma, en las cosas y en las acciones. En la persona, en todo los actos que se refieren á la libertad individual; en las cosas, en cuanto á su uso y disposicion esclusivos, propiedad, medios de adquirir, de existencia y de bienestar; y en cuanto á las acciones, respecto á las manifestaciones de palabra ó escritas y á todo ejercicio que con ellas se relaciona. (1)

Sin embargo, esto que en la época contemporánea se nos presenta claramente, no ha sido sinó el producto sucesivo de muchos siglos, sin que pueda afirmarse todavía que sea una conquista completa y definitiva, pues aun se muestra vacilante en algunos puntos para los mismos pueblos que pretenden marchar adelante en la civilizacion y en la libertad, y aun teorías demoledoras de todo órden social, pretendiendo exagerar sus principios directores y sus efectos, pretenden hacerlos desaparecer en la vorájine devastadora que será su consecuencia.

(1) Blackstone distribuye en tres clasificaciones los derechos fundamentales de todo inglés: 1° el derecho de seguridad personal; 2° el derecho de libertad personal; 3° el derecho de libertad privada. Como auxiliares y subsidiarios: 1° la constitucion, los poderes y los privilegios del Parlamento: 2° los límites puestos á los prerogativas del rey; 3° el recurso á las Cortes de Justicia para la raparacion de los daños sufridos; 4° el derecho de peticion; 5° el de llevar armas para la defensa, conforme á su estado y rango y tal como la ley las permite. (*Commentaires*, t. I, págs. 224 y siguientes). — Lieber, t. I, pág. 59, reproduce la primera division.

IV

¿Cómo encontrar en las épocas remotas los derechos individuales? ¿Cómo verlos convertidos en garantías constitucionales? Los antiguos no reconocen derechos individuales, porque subordinando el individuo al Estado, el Estado es todo y el individuo nada, y en él desaparecen la vida, la propiedad, las relaciones de familia. Los germanos exajeran el individualismo y absorben el Estado: el Estado desaparece, el equilibrio se rompe y la falta de la garantía debilita el derecho sinó lo hace imposible en tan incompleto desconcierto. El reconocimiento de los derechos individuales solo puede operarse en la completa armonía. Si el Estado es el fin determinante, el individuo desaparece. Si el individuo se convierte en medio y fin, la anarquía y el desórden le hacen desaparecer y la fuerza reemplaza sus derechos. El sistema antigüo, dice Bluntschli (1), olvidaba al individuo, amenazaba su libertad y bienestar, conducía á la omnipotencia del Estado, y por consiguiente á la tiranía: el sistema moderno (el germano primitivo, diriamos nosotros) desconoce la majestad del Estado, disuelve lójicamente su unidad, no vé en él mas que una muchedumbre desordenada de individuos, y conduce á la anarquía: los árboles impiden ver el bosque. (2)

(1) *Derecho público*, t. I, pág. 254.

(2) Véase FUSTEL DE COULANGE, *La Cité antique*, lib. III, cap. 13.—LAURENT, *Etudes*, t. XVIII, pág. 408. — ALBERDI, *Omnipotencia del Estado*.

V

En Inglaterra los derechos individuales son el resultado de su historia y se han presentado con su forma misma de gobierno. Ellos se han manifestado y se encuentran garantidos principalmente en la Magna Carta, en la Peticion de Derechos y en la Declaracion de Derechos, triple manifestacion, resultante de una lucha mantenida durante siglos entre el pueblo y los parlamentos y el poder absoluto de los reyes.

Juan sin Tierra, sucesor de Enrique II, subió al trono de Inglaterra por el sufragio de la Nacion y no por el derecho divino, lo que pareció olvidar bien pronto, violando compromisos contraidos y negándose á confirmar las cartas anteriores. Con motivo de la eleccion del arzobispo de Cantorbery entró en lucha con la Santa Sede, y sus escesos y crueldades produjeron su excomunion por Inocencio III, quien dió la corona de Inglaterra al rey de Francia y encargó á Felipe Augusto que ejecutase su sentencia, obligándole así á ceder su reino al Papa y á declararse su vasallo.

Mientras esto sucedía, los barones se unieron á fin de recobrar sus antíguas libertades, y negándose Juan á sus pretensiones que « de rey le convertian en esclavo », apellidándose « Ejercito de Dios y de la Santa Iglesia », despues de haber ocupado varias plazas, le obligaron, en 18 de Junio de 1215, á firmar el convenio conocido con el nombre de *Magna Carta* ó *Magna Charta libertatum*.

Esta Carta es una recopilacion de antíguas leyes, usos y costumbres de carácter civil, penal ó mercantil, trata de los prerogativas eclesiásticas, de asuntos de interés general para el comercio, de la administracion de justicia, confirma y concede privilegios á algunas ciudades y puertos, aunque no contiene disposiciones que se refieran á la libertad política. Pero la cláusula mas importante, la mas apreciada por el pueblo inglés y que aun está vigente es la octava, que establece que: «Ningun hombre libre será prendido, constituido en prision, desposeido de lo que tiene libremente, ó de sus libertades, ó usos ó costumbres libres, puesto fuera de la ley, desterrado, ni privado de ninguna cosa en cualquier forma, ni nosotros le perseguiremos, ni lo pondremos en prision sinó por sentencia de sus pares ó por la ley del país». (1)

Sin embargo, una vez promulgada la Carta, como Juan habia cedido solamente á la violencia, buscó burlar sus disposiciones y recurriendo á Inocencio, á quien habia cedido el reino, consiguió que este la declarara nula, y escomulgara á los barones y obispos insurrectos. Los barones tomaron de nuevo las armas y llamaron en su auxilio al principe Luis, hijo de Felipe Augusto de Francia, pero la muerte de Juan concluyó con el conflicto.

La suerte de la Carta fué varia en los reinados sucesivos, ya porque los reyes pretendian dejarla de lado, una vez que se encontraban con poder suficiente para apoyar sus pretenciones, ya porque los barones

(1) FRANQUEVILLE. *Des institutions d'Angleterre,* pág. 6, transcribe las cláusulas principales.

y el pueblo pretendieran su aplicacion cuando dominaban al que ocupaba el trono. Despues de luchas diversas, el parlamento, convocado en 1297, exijió una nueva confirmacion, que fué firmada por Eduardo III el 5 de Noviembre de 1298 primero, y en Marzo de 1300 despues, quedando desde entónces definitivamente reconocida como estatuto fundamental del Estado. (1)

Con la Magna Carta, puede decirse, pues, que principia la historia de la Constitucion inglesa, esa historia que es la demostracion mas palpitante y ejemplar de la manera cómo un pueblo viril ha ido conquistando sus libertades, con sacrificio de la vida y de la fortuna. « Es en esta época (siglo XIII), dice Macaulay, que es menester buscar el orígen de nuestra libertad, de nuestra prosperidad y de nuestra gloria. Es entónces que el gran pueblo inglés se formó, que el carácter inglés principió á mostrar esas singularidades que ha conservado despues; es entónces que muchos padres se hicieron insulares, en toda la acepcion de la palabra, no ya solamente por su posicion geográfica, sinó por su política, sus sentimientos, sus maneras. Fué entónces que apareció claramente por la primera vez, esta Constitucion que á traves de todos sus cambios ha conservado su identidad, y que, á pesar de sus defectos, merece ser mirada como la mejor bajo la que haya vivido, desde muchos siglos, una gran sociedad. Fué entónces que la Cámara de los Comunes, este tipo de

(1) Franqueville, pags. 7 y siguientes.—Laurent, *Estudios*, t. VI, pág. 249.— Vizconde del Ponton, *De la libertad política en Inglaterra*, t. I, pág. 60. — Torres Caicedo, *Estudios sobre el gobierno inglés*, 1ª Parte, pág. 182. — Stubbs, *The constitutional history of England*, t. II.

todas las Asambleas representativas de los dos mundos, tuvo su primera sesion ». (1)

Colocado Cárlos I en el trono, ya funcionaba un Parlamento que debia contener los escesos de los reyes, y la voluntad de aquel no pudo realizarse, sin una resistencia tenaz, á cuyo frente se encontraban verdaderos hombres de Estado que « miraban á lo lejos en el pasado como en el porvenir ».

Los subsidios fueron votados con parcimonia, concediendo, por primera vez desde Enrique VI, los derechos de tonelada y libra únicamente por un año. El Parlamento fué disuelto, y cobró impuestos no votados, convocando uno nuevo, que mas intratable que aquel, fué igualmente disuelto, y poniéndose en prision á los diputados mas distinguidos, se cobraron nuevos impuestos, los soldados fueron alojados en las casas de los ciudadanos, y la ley marcial y los tribunales militares sustituyeron á la antigua jurisprudencia del reino.

En este estado y cuando se creían producidos los efectos de la intimidacion, se convocó en 1628 el tercer parlamento que mas audaz que los anteriores obligó á Cárlos á cambiar de procedimiento. Las Cámaras presentaron al rey en sus primeras sesiones el acto de compromiso que se ha llamado *Peticion de derechos*, porque no fué dirigido en la forma ordinaria de sus demás actos; y despues de diferentes consultas y vacilaciones fué ratificado quedando obligado el rey « á no levantar jamás impuestos sin el consentimiento de las asambleas, á no constituir prisiones sinó por autoridad de la ley, á no some-

(1) *Histoire d'Angleterre,* t. I, pág. 15, 2ª edicion.

ter jamás su pueblo á la jurisdiccion de las cortes marciales ».

Esta nueva conquista sobre el poder absoluto y despótico fué recibida con gran júbilo; pero bien pronto el compromiso fué violado y el Parlamento disuelto. Se formó un ejército permanente para oprimir al pueblo, se hicieron persecuciones religiosas, y la inquisicion política y la inquisicion religiosa se presentaron formidables en la Cámara estrellada, y en la alta Comision. (1)

La lucha siguió. En Mayo de 1679 se sancionó la famosa *Acta de Habeas Corpus,* y sucumbiendo con Jacobo para siempre el poder absoluto, se llevó al trono de la Inglaterra á Guillermo de Orange, y en 24 de Febrero de 1689 se daba por el Parlamento la *Declaracion de derechos,* cuyos principios se conservan hasta hoy en la Constitucion, ó como parte de ella, sin haber sido violados.

Redactado por Somers y aprobado por ambas Cámaras comenzaba esponiendo los abusos y las faltas que habian hecho inevitable la revolucion, y recordaba que por su ilegal proceder había perdido la Corona, y que Guillermo había libertado al país de la superstición y de la tiranía. Despues aumentaba las antíguas franquicias y derechos conocidos en Inglaterra, consignando que no tenía el soberano la facultad de suspender la aplicacion de las leyes civiles y

(1) MACAULAY, *Hist.*, t. 1°, pág. 75. — HALLAM, *Hist. Const.*, t. 2°, págs. 159 y siguientes, trad. GUIZOT. — Lord BROUGHAN, *De la Démocratie*, trad. par LOUIS RÉGIS, pág. 341. — ERSKINE MAY, *Democracy in Europe*, t. 2°, pág. 377. — BISSET, *The hystory of the strugle, for parliamentary government in England,* t. 1°, pág. 60. — FRANQUEVILLE, pág. 91. — VIZCONDE DEL PONTON, t. 1°, págs. 173 y siguientes.

penales, como recientemente se había practicado y ejercido; que no se podían cobrar contribuciones no votadas por las Cámaras; que sin el consentimiento del Parlamento no podía haber ejército permanente en tiempo de paz; y que todos los súbditos tenían el derecho de elegir libremente sus representantes, y los cuerpos colegisladores la libertad de discusion. Termina diciendo que «reclaman y exigen con insistencia todo lo espuesto, sin escepcion, como sus derechos y libertades incontestables»; y el acta del Parlamento que la sanciona reconoce que «todos los derechos y cada uno de los derechos y libertades, que se enumeran y reclaman, son los derechos verdaderos, antíguos é indudables del pueblo de este reino». (1)

VI

Bien pronto los demás pueblos debían seguir estos movimientos de la Inglaterra que dejaban marcado el camino en la conquista de las libertades públicas y privadas.

La revolucion de 1789 se había producido en Francia. Era necesario organizar el nuevo órden político y civil que sus grandes convulsiones habían operado, dándose una constitucion que organizara los poderes públicos y que estableciera los derechos que los ciudadanos debían mantener, los que por tanto tiempo habían sido desconocidos.

(1) Macaulay, *Hist.*, t. 3°, págs. 405 y siguientes. — Blackstone, t. 1°, pág. 223. — Franqueville, pág. 22. — Visconde del Ponton, t. 1°, pág. 286.

Cuando en Julio de 1789, se reunía la Comision de la Cámara de Diputados para ocuparse de la Constitucion, Mounier hacía notar que como antecedentes históricos no podían presentarse en Francia, sinó dos principios: el principio monárquico y el principio representativo; un rey como garantía de todos los derechos y de todas las libertades, y una limitacion á la imposicion de los impuestos en la voluntad de la Nacion. Sin embargo, la idea de una declaracion de derechos era aceptada sin dificultad. Multitud de proyectos mas ó ménos estravagantes se presentaron buscando «los títulos perdidos de la humanidad», como se decía entónces, pero los únicos que merecieron acojida fueron uno de Lafayette y otro de Sieyés, que sometidos á nuevos estudios dieron lugar á nuevas fórmulas.

Por fin de muchas discusiones, y bajo la influencia de los acontecimientos que se desarrollaban en esos momentos, dejando de lado todo lo que hacía referencia al réjimen político, la declaracion de los derechos del hombre y del ciudadano fué votada por la Cámara en 27 de Agosto.

En ella, despues de invocar el nombre del pueblo y hacer notar como el olvido ó el desprecio de los derechos del hombre son las causas de las desgracias públicas y de la corrupcion de los gobiernos, espresa en 17 artículos que la soberanía reside esencialmente en la Nacion, que el fin de toda asociacion política es la conservacion de los derechos naturales é imprescriptibles del hombre, siendo estos la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia à la opresion, y esplica su alcance y su importancia en prescripciones que hoy se encuentran incorporadas

á casi todas las constituciones de los pueblos organizados. (1)

VII

Cuando la Francia operaba estos movimientos, los Estados Unidos se encontraban independientes, y habian incorporado á su constitucion los principios que los lejisladores franceses querian estender por todos los pueblos, como la conquista de las libertades mas primordiales. Los Americanos habian recibido el nuevo espíritu de la Inglaterra, y ya desde el siglo XVII, Massachusets, Connecticut y Nueva York tenian tales principios incorporados á sus cartas respectivas. (2)

Proclamada su separacion de la Gran Bretaña, el 4 de Julio de 1776, las agrupaciones que hasta entónces fueron colonias, se encontraron en un estado casi completo de independencia, aunque en una especie de confederacion de hecho con un Congreso director. En 1781 se formó una confederacion con una constitucion escrita, cuyas malas consecuencias reclamaron una nueva carta, que se discutió en 1787 y fué puesta en vigencia el 4 de Marzo de 1789 por la

(1) Duvergier de Hauranne, *Histoire du Gouvernement parlementaire*, t. I, pág. 53. — H. de Sybel, *Histoire de l'Europe pendant la Révolution française*, trad. par Marie Bosquet, t. I, pág. 74. — Hélie, *Constitutions de la France*, pág. 30. — Simon, *La Liberté*, t. II, pág. 229. — Acolas, *Philosophie de la Science politique*, pág. 113. — Clément, *La Science sociale*, t. II, pág. 240. — Ménier, *L'Avenir économique*, t. I, pág. 199. — Allard, *La Liberté*, pág. 105. — Laurent, *Études*, t. XIII, pág. 35 y siguientes.

(2) Kent, *Com.*, t. II, pág. 1 y siguientes.

apertura del primer congreso federal, y el 14 de Abril por la elevacion de Washington á la presidencia de los Estados Unidos.

Pero la Constitucion no habia sido admitida sin vencer antes sérias dificultades, y desde el primer congreso se propuso su reforma por la agregacion de una declaracion de derechos, y de una cláusula que estableciera claramente que los poderes del Congreso eran limitados. Los Americanos debian dar una gran importancia á lo primero: las constituciones de los Estados la tenian siguiendo el ejemplo de la Gran Bretaña, y era indispensable que la carta, cuyas prescripciones se declaraban superiores y sobre todas las de la Union, las contuviera. Así, no obstante la oposicion que se hizo, diez enmiendas fueron sometidas al pueblo en 1789, y adoptadas en 1791, enmiendas que, con las demás prescripciones que la nueva situacion creada por la guerra de Secesion ha hecho necesarias, forma la verdadera declaracion de derechos de la Union Americana, abarcando la religion, la prensa, los derechos de peticion y asociacion, la milicia y el uso de armas, alojamiento de soldados, domicilio, fianzas, castigos y multas escesivos, jurado y garantías del juicio. (1)

VIII

Apenas la Revolucion de 1810 se habia producido, todas las disposiciones de los gobiernos revolucionarios y que sucedian en el mando á los vireyes de

(1) Story, *On constitution*, t. II, § 1857 y siguientes. — Kent, *Com.*, t. II, sec. 24. — Laboulaye, *Histoire*, t. III, pág. 532.

España, se apresuraron á garantir los derechos individuales con mas ó ménos eficacia y en tanto los momentos y los medios lo permitian.

El Reglamento de la Junta conservadora de 22 de Octubre de 1811, establecia en su artículo IX una garantía contra la prision arbitraria en el recurso á la misma Junta despues de cuarenta y ocho horas. El Estatuto provisional de 22 de Noviembre del mismo año reproducia un decreto de 26 de Octubre sobre la libertad de imprenta, y el decreto de 23 de aquel mes se ocupaba de la seguridad individual, comprendiendo en esta todos los derechos que hacen á la persona misma. El Estatuto de 5 de Mayo de 1815 para el réjimen y gobierno del Estado, destinaba una seccion especial á la seguridad individual y á la libertad de imprenta, en el mismo sentido del de 1811; y el Reglamento provisorio de 3 Diciembre de 1817, sancionado por el Congreso, hacía lo mismo en las secciones IV y VII.

Las Constituciones que siguieron á estos Reglamentos no descuidaron tampoco el dedicar prescripciones especiales que espresaran los derechos individuales así como sus garantías. La de 1819 consagra el Capítulo 2° de la Seccion V, no ya solamente á la seguridad, sinó á todos los «derechos particulares», segun su espresion, «la vida, reputacion, libertad, seguridad y propiedad». La de 1826, en los artículos CLIX y siguientes, reproduce los de la anterior con pequeñas alteraciones; y la de 1852, reformada en 1860, actualmente en vigencia, establece desde su artículo 1° y bajo el rubro de «declaraciones, derechos y garantías», una esposicion casi completa de todos los derechos individuales, asegurando su goce

á todos los que habitan el territorio de la República. (1)

Las demás Repúblicas americanas, sin escepcion, han seguido este mismo camino, y puede decirse que, si bien las conmociones políticas en que se han encontrado y se encuentran envueltas, han podido dar lugar á olvidarse de los principios consagrados, estos permanecen siempre en todo vigor, y no es un engaño su observancia cuando la calma vuelve á dominar en sus territorios. (2)

IX

Pero si hay derechos que es necesario respetar, si hay derechos que hacen parte del indivíduo, formando ó constituyendo su personalidad, ¿es necesario, acaso, que se encuentren determinados en la ley? ¿No dará lugar una tal determinacion á que se arraigue en las masas la creencia funesta de que esos derechos son emanacion de la ley, y que sin su declaracion no existen?

Cuando los Constituyentes americanos se ocupaban de formular su Constitucion, las dudas anteriores no dejaron de presentarse, tanto mas cuanto que se trataba de un pueblo cuyas tradiciones mostraban la consagracion de los derechos como una de las conquistas mas hermosas de las instituciones libres.

(1) Florencio Varela, *Tratados de los Estados del Rio de la Plata, y Constituciones de las Repúblicas Sud-Americanas.*

(2) Arosemena, *Constituciones políticas de la América Meridional.* — Sobre los Estados europeos, fuera de Inglaterra y Francia ya citados, véase : Laferrière, *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique.*

Notándose la ausencia de una declaracion de derechos, (puesto que algunas otras constituciones de los Estados la tenian, como un defecto de la Constitucion), se contestaba: 1° Que toda la Constitucion no era sinó una declaracion de derechos, pues su conjunto y sus diversas prescripciones respondian á sus exigencias; 2° Que si ella se avenía bien con una monarquía, no así con una organizacion política que dependía en su funcionamiento de la voluntad del pueblo, que podía manifestarse en todo momento; 3° Que sería innecesaria, y aun poligrosa, desde que contendría varias escepciones á las facultades no concedidas, y por esta misma causa ofrecerían un pretesto aparente para pretender mas de lo que se concediese. (1)

Pero á estas observaciones se respondió perfectamente: 1° Que la constitucion justificaba la necesidad de la declaracion, puesto que contenia algunas prescripciones que entrarían en su objeto; y la cuestion, entónces, vendría á reducirse á la mas ó menos estension que debiera darse á la enumeracion, y el criterio que debia presidirla; 2° Que tratándose de poderes delegados por el pueblo es precisamente mas necesaria su limitacion espresa y clara, puesto que ella servirá de defensa contra el ejercicio abusivo de los derechos concedidos á los poderes públicos, y contra los caprichos voluntariosos del pueblo mismo; 3° Que los peligros que la enumeracion traería, no son sérios, serían de tenerse en cuenta contra todas las demás enumeraciones que contiene toda Constitu-

(1) *El Federalista*, n° 84. — Story, *on Constitution*, t. II, n° 1858 y siguientes. — Pomeroy, *Constitutional law*, pág. 143, 3ª edicion.

cion, y además están salvadas por otras prescripciones que espresan que esa enumeracion no importa la negacion de las que son su consecuencia. (1)

Estas observaciones podrían repetirse hoy mismo, con tanta mas razon cuanto que el trascurso del tiempo ha venido á justificarlas. Si los derechos individuales existen por sí y una declaracion de derechos no los crea, les dá, sin embargo, la garantía de la ley para que su ejercicio se opere tranquilamente, impone su respeto á los poderes gobernantes, y hace comprender al pueblo que su soberanía no es absoluta y que tiene límites para su misma existencia orgánica.

El ejercicio de los derechos políticos no es una defensa contra las usurpaciones, puesto que, como hemos visto antes, puede existir el ciudadano libre y el hombre esclavo, ó un individuo esclavo de su libertad. La libertad política es el medio, y es precisamente el fin, la libertad civil, la que debe encontrar en la Constitucion un lugar preferente sobre la soberanía delegada de los poderes, y sobre la soberanía originaria del pueblo, puesto que es en su consecucion arreglada y legítima donde estas se operan.

Nuestra Constitucion, siguiendo los antecedentes consagrados en la historia de pueblos tan libres como Inglaterra y los Estados Unidos, entraba en un camino que no podia ser sinó de benéficas consecuencias.

(1) STORY, t. II, n. 1863 y siguientes. — COOLEY, *Const. limitations*, pág. 316, nota 2ª, en que transcribe la opinion de JEFFERSON (*Works*, t. 3º, págs. 4, 13 y 101, y t. IV, págs. 329 y 358). En Francia, se dijo que era peligroso proclamar derechos cuando no se enumeraban los deberes relativos; pero esto fué rechazado como inútil. LANFREY, *Essai sur la Révolution*, pág. 173; y véase: BATBIÉ, *Droit public*, t. II, pág. 289.

Pueblos conmovidos por contínuas disenciones interiores, dominados generalmente por caudillos oscuros, tan ignorantes como bárbaros, los derechos individuales tenian que ser la primera preocupacion de todo instrumento constitucional, precisamente, porque eran los menos respetados, desde que ante el poder del gobernante se creia que no habia valla ni interés, ni derecho que debiera tenerse en cuenta. Si en otros pueblos podia discutirse la conveniencia de incorporar una declaracion de derechos, no podía serlo en el nuestro, dado el estravío de ideas que los sucesos habian introducido y la falta de preparacion para un gobierno libre.

Nuestra Constitucion federal ha dicho, pues, cuáles son los derechos que ella cree necesario garantir, y cada una de las Constituciones de las Provincias, incorporando esas disposiciones, ha tratado de estenderlas y darles mayores seguridades. Así, cuando aquella se refiere á derechos individuales se comprende en ellos todos los que son una manifestacion del indivíduo en sí mismo, en las relaciones con los démas individuos, y en las manifestaciones que conservan, ó modifican, ó crean los bienes; y cuando se refiere á garantías constitucionales, se entiende todas aquellas que protejen y amparan el ejercicio de los derechos.

CAPÍTULO II

LIMITACIONES

I

El hombre es tal por el ejercicio espontáneo y pleno de sus facultades; pero no pudiendo considerarsele aislado, pues la sociedad coexiste con él, aquel ejercicio tiene que ser estimado en cuanto á las diferentes relaciones que encuentra ó forma en su camino.

Frente á un hombre y marchando en el mismo sentido en cuanto á su desenvolvimiento progresivo existe otro hombre, y frente á estos y formado por ellos mismos, una agrupacion, un conjunto que responde á sus necesidades, pero que reclama por lo mismo, atribuciones mas ó menos estensas, aunque arregladas á los fines que debe cumplir. ¿Cómo armonizar estas fuerzas que parecen destinadas á un choque constante en su ejercicio individual ó colectivo? ¿Cómo de la anarquía en las facultades tomadas aisladamente, llegar á la armonia, á la coexistencia armónica en las relaciones aisladas y en la de conjunto?

Uno de los principales actores de la revolucion francesa ocupándose de los derechos del hombre, decia: «La libertad es el poder que tiene el hombre de

ejercer sus facultades á su voluntad: tiene la *justicia* por *regla*, los *derechos de obrar* por *límites*, la *naturaleza* por *principio*, y la *ley* por *salvaguardia*.» (1)

¿Importaría esto la consagracion de los derechos individuales? ¿La verdadera libertad, la libertad civil, podria existir en presencia de estas limitaciones que parecen la negacion de lo mismo que se quiere consagrar? Los partidarios mas decididos de la libertad individual, aquellos que dan la mayor estension á la libertad no podrían exijir mas: la definicion en su fondo es la de Stuart Mill y la de todos los publicistas modernos que siguen sus huellas, como dice Laurent. (2)

Sin embargo, existe aún pendiente una grave cuestion sobre la naturaleza de los derechos individuales, cuestion que si bien tiene dividido á espíritus superiores, no es á nuestro juicio sinó el resultado de la mas ó menos propiedad con que se emplean las palabras, ó mas bien de la aplicacion que se hace de sus caractéres.

Sostienen unos que los derechos individuales son absolutos, inalienables, imprescriptibles, ilejislables, ilimitables. Sostienen otros que no son ilimitados y absolutos, y mucho menos ilejislables. (3) ¿Qué hay de verdad en todas estas afirmaciones?

Si los derechos individuales constituyen la persona misma, de modo que su desaparicion ó desconoci-

(1) Bucher et Roux, *Histoire parlementaire de la Révolution française*, t. XXVI, pág. 93.

(2) *Etudes sur l'histoire de l'humanité*, t. XIII, pág. 92.

(3) «Nada de mas absurdo é ingenioso, decia el sabio colaborador de Bentham, Dumont, de Ginebra, que derechos inalienables que han sido siempre enajenados, derechos imprescriptibles que han sido siempre prescriptos.»

miento importan la desaparicion ó desconocimiento de la persona, sin duda que su mantenimiento es condicion indispensable de su existencia, que es una imposicion del Creador. Ser hombre, ser persona, es no solo ser capaz del goce de los derechos, sinó considerarse dueño de esos derechos, en cuanto los aplica al desenvolvimiento progresivo de sus destinos.

Pero si en los derechos individuales hay algo de fundamental, de esencial, lo hay tambien de esterno, de formal, en cuanto importan una doble manifestacion. En relacion á Dios no hay nada absoluto, imprescriptible, inalienable, sino él mismo; en relacion al hombre en sí mismo, tiene estos caractéres todo lo que lo constituye tal hombre, una persona; pero en el momento en que crea la vida de relacion, la actividad del uno chocará la actividad del otro, y habráse hecho necesario un superior gerárquico que regule y límite sus derechos, si no en su esencia, en cuanto á su forma y modos esternos de aplicacion.

En cuanto el derecho se confunde con la razon y la justicia, en cuanto se le considera en general y en abstracto, como la nocion que preside todos los desenvolvimientos, es absoluto, sin duda. Pero cuando saliendo de esta esfera se encarna, se hace práctico en la vida de relacion y sufre todas las evoluciones que la organizacion requiere, sus demostraciones no solo son relativas, sinó lejislables, prescriptibles y renunciables, en cuanto el Estado, como fuerza armónica esterior, le impone tales limitaciones.

¿Importará esto la desaparicion de los derechos individuales, la absorcion de la personalidad del indivíduo por el Estado? No, sin duda: el Estado, la

organizacion política, no es un fin en el organismo social, sinó un medio, y como tal sus atribuciones solo son lejítimas en cuanto concurren á la realizacion de aquel. Si las limitaciones son necesarias, en la concurrencia recíproca de los derechos, se imponen, pero en el momento en que esa necesidad desaparece ó significa la absorcion del fin por los medios ó la inversion de los términos, se rompe el equilibrio, y el desconocimiento conduce á lo arbitrario, que está fuera de sus mandatos.

El derecho que se limita por el derecho, es un derecho limitable, cuando ese derecho no es por sí mismo que se limita, sinó por su ejercicio en personas diferentes, de modo que ha desaparecido como abstraccion. En el órden social, la libertad no existe sin la nocion del derecho; y limitar las libertades para conciliar los derechos, es limitar ó poner un límite á los derechos, desde que es su ejercicio mismo que se limita.

Como una abstraccion, como una encarnacion de la razon y de la justicia, la renuncia del derecho no es posible, pero en el órden social, cuando el hombre lo realiza en su vida de relacion, cuando cumpliendo su destino encuentra una valla á sus aspiraciones ó á la manera como él los entiende, entónces decimos, la renuncia puede existir no como una imposicion de la potestad social, pero sí como una conviccion que se impone por la voluntad de un tercero. En las gerarquías del organismo social, el individuo, la familia, la agrupacion, hacen renuncias impuestas por las circunstancias respectivas en que actúan sus facultades, que si bien obedecen á un órden natural no obedecen á un órden necesario, fatal: las limitaciones se suce-

den en las gradaciones sucesivas, y estas limitaciones si se producen naturalmente, no producen sinó una renuncia respectiva y en un acuerdo tácito de voluntades. (1).

No es posible quitar á la sociedad el poder de reglamentar los derechos, ó mas bien, de coordinarlos, fijando el límite ó la órbita en que respectivamente debe jirar, porque este es precisamente su rol preponderante. El equilibrio social, base de la existencia de la sociedad, no puede existir de otra manera. ¿Cómo concebir entónces, los derechos, lejislables, ilimitables en el órden social? ¿Cómo conciliar la reglamentacion con estas imposiciones? Se concibe que el poder social no pueda llegar á su supresion, sin invertir el rol que le corresponde, pero no sería concebible un derecho reglamentable, en un derecho ilimitable, porque la reglamentacion carecería de objeto.

Las denominaciones, pues, son de un valor relativo; y las diferentes teorías sobre los derechos individuales tendrán respectivamente su fundamento indestructible, segun el punto de partida que se tome para juzgarlos. Miéntras el indivíduo se mantenga en la esfera propia de su derecho no existe límite á su ejercicio; cuando saliendo de allí pretenda impedir ó impida el ejercicio del derecho de un tercero, ó del

(1) Rossi sostiene que no hay renuncia, cesion, ni sacrificio por parte del indivíduo, en tanto esto es el resultado de la voluntad del indivíduo ó de un hecho no natural. « Si los medios de conservar la sociedad, son moralmente obligatorios para el hombre, lo que se llama una cesion, un sacrificio, no es ni una cesion ni un sacrificio, es un deber á cumplir. Así, es evidente, que si yo tengo el deber de hacer una cosa, no tengo el derecho de hacer lo contrario, y que, si no tengo el derecho de hacer lo contrario, no haciéndolo no tengo pérdida alguna ». t. 2º, pág. 70.

derecho comun á la agrupacion, el poder social le señala el límite y se lo impone con fuerza coactiva.

¿Puede existir en estas limitaciones algun inconveniente producido por el desconocimiento mismo del derecho? No lo negamos, pero tal es nuestra situacion, y los esfuerzos comunes deben tender á que los límites sean concurrentes á los fines que los derechos individuales tienen en vista. Si los medios no responden al fin, es indispensable modificarlos, pero nunca alterar ó desconocer aquel. Es este el desideratum de todo buena organizacion. (1).

II

La crítica que el distinguido escritor Lastarria (2) hace á nuestra Constitucion, no nos parece fundada, ya sea tomada aisladamente la prescripcion que impugna, ya en sus relaciones con las demás disposiciones que le son concordantes.

Desarrollando su teoría sobre la importancia de los derechos individuales, y criticando las prescripciones de algunas constituciones que dejan al poder político

(1) Ahrens, t. I, págs. 213 y siguiente. — Neto Paiva, *Curso de diritto natural*, t. I, pág. 14. — Fernandez Elias, *Filosofia del derecho*, págs. 235, y 310 y siguiente. — *Revista de lejislacion y jurisprudencia*, t. XXXVII, págs. 5 y siguiente.— Manuel Alonso Martinez, *Estudios sobre filosofia del derecho*, págs. 13 y siguiente. — Lastarria, *Lecciones de política positiva*, págs. 251 y siguiente. — Estrada, *Lecciones*, págs. 16 y siguiente. — José Maria Mañas, *El libro del buen ciudadano*, en el que se encuentra toda la discusion tenida á este respecto en las Córtes españolas al estudiar la constitucion de 1869. — B. Constant, t. I, pág. 347.

(2) *Lecciones de política positiva*, pág. 251. — Vease F. Gonzalez, *Lecciones de derecho constitucional*, pág. 42. — Arosemena, *Constituciones políticas de la América meridional.*

la incumbencia de lejislar sobre su ejercicio, califica de absurda la prescripcion del artículo 14 que establece que: «los habitantes del territorio argentino gozan de los siguientes derechos *conforme á las leyes que reglamenten su ejercicio*».

Pero al formularse esta crítica, no se ha tenido presente, sin duda:

1° Que la reglamentacion es indispensable, desde que es necesario determinar el punto en que el individuo sale fuera de su derecho, comete un acto estraño al derecho, ó hiere el derecho de otro, abusando de su libertad. Reglamentar el ejercicio de un derecho no importa suprimirlo; y si bien puede existir el abuso en la reglamentacion, el organismo político da los medios de hacer desaparecer ese abuso y restablecer el equilibrio perturbado por alguno de los poderes encargados de conservarlo. Jamás ha existido una declaracion de derechos tan lata que desarmaría la sociedad, haría imposible la determinacion de las condiciones del derecho, ó mas bien que su nocion desapareciera por completo; (1)

2° Que el ejercicio de los derechos primordiales garantidos por la Constitucion encuentran en sus prescripciones los límites y defensas que los garanten contra toda usurpacion ó atentado, de modo que la reglamentacion á que se refiere el artículo 14 no puede tener otro objeto que facilitar su ejercicio y coordinarlos con otros intereses, pero sin alterar en ningun caso su sustancia, de modo á hacer irrisoria su exis-

(1) Estrada en sus *Lecciones de derecho constitucional*, pág. 23, sostiene la cláusula constitucional, no obstante sostener que el derecho es primitivo, absoluto, imprescriptible, inalienable.

tencia en la carta constitucional. Así los artículos 15 y siguientes establecen las acciones que están exentas de la autoridad de los magistrados, cuáles son los derechos de las personas y hasta donde van, cuáles sobre la propiedad, cuáles sobre el ejercicio de las facultades morales que dificilmente suscitan conflictos susceptíbles de una medida coercitiva;

3° Que si bien al lejislador corresponde reglamentar su ejercicio, en la facultad de reglamentacion no le es lícito obrar caprichosamente de modo á destruir lo mismo que se ha querido amparar y sostener. Así la misma Constitucion en su artículo 28 establece que: «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio»; y esta prescripcion que es limitacion de la del artículo 14 hará imposible que aparezcan «las leyes preventivas convirtiendo en abuso el ejercicio de aquellas libertades é inventando delitos imaginarios para castigar como tales, ciertos actos que no tienen una intencion criminal, ni causan lesion á derecho alguno, ni mucho menos comprometen la seguridad colectiva de la sociedad ». (1)

(1) El artículo 29 establece una limitacion general, prohibiendo conceder la suma del poder público que vendría á nulificar todos los derechos y garantías que ha querido consagrar. Así dice: «El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional, ni las Legislaturas Provinciales á los Gobernadores de Provincia, facultades estraordinarias ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones ó supremacias por las que la vida, el honor ó la fortuna queden á merced de Gobierno ó persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una insanable nulidad, y sujetarán á los que los formulen, consientan ó firmen, á la responsabilidad y pena de los infames traidores á la Patria ». El cjemplo presentado por Rosas habia hecho previsores á los constituyentes, y la pena de muerte, que es la pena de los traidores es la designada para el castigo.

« No basta que la constitucion contenga todas las libertades y garantías conocidas, decía el Dr. Alberdi, es necesario, como se ha dicho antes, que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretesto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias. Se puede concebir una constitucion que abrace en su sancion todas las libertades imaginables, pero que admitiendo la posibilidad de limitarlas por la ley, sujiera ella misma el medio honesto y legal de faltar á todo lo que promete. » (1) « La constitucion debe dar garantías de que sus leyes orgánicas no serán escepciones derogatorias de los grandes principios consagrados por ella, como se ha visto mas de una vez. Es preciso que el derecho administrativo no sea un medio falaz de eliminar ó escamotar las libertades y garantías constitucionales. » (2)

« La constitucion argentina, como todas las constituciones de los Estados Unidos, es decir, como todas las constituciones leales y prudentes, debe declarar que el Congreso no dará ley que limite ó falsee las garantías de progreso y de derecho público con ocasion de organizar ó reglamentar su ejercicio. Ese deber de política fundamental es de trascendencia decisiva para la vida de la constitucion. » (3)

Y no obstante estas afirmaciones, el Dr. Alberdi no creía ser inconsecuente, ni caer en un absurdo proponiendo en su Proyecto de Constitucion el artículo 20, así concebido: « *Las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público;* pero el Congreso no po-

(1) *Organizacion de la Confederacion Argentina*, t. I, pág. 146.
(2) Loc. cit. pág. 54.
(3) Loc. cit. pág. 148.

drá dar ley que con ocasion de reglamentar ú organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja ó adultere en su esencia ». (1)

III

Existen, pues, limitaciones á los derechos individuales, en el sentido en que lo dejamos esplicado, pero para evitar los abusos que á su sombra y por su ejercicio pudieran cometerse, existen tambien garantías en la misma carta constitucional que ponen al alcance de todos los damnificados los medios de conseguir que el derecho sea respetado y que el abuso desaparezca.

Las limitaciones pueden ser de dos clases: generales ó públicas y especiales ó particulares. Son generales, todas aquellas que en situaciones dadas pesan sobre todos los habitantes del país ó de un lugar determinado del país. Son especiales, todas aquellas que solo se presentan en relacion con determinados indivíduos, porque es en relacion á ellos solamente que la razon de la limitacion subsiste.

Pertenecen á las primeras las producidas por la declaracion del estado de sitio, del estado de asamblea ó de la vigencia de la ley marcial en las perturbaciones producidas por las guerras. Pertenecen á las segundas, en cuanto á la persona, la detencion, la prision, la espulsion, la asociacion *con fines útiles* sola-

(1) Loc. cit. pág. 176. « La libertad, ha dicho Montesquieu, es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiera hacer lo que prohiben no habría libertad, porque todos tendrían este mismo poder. » *(De l'Esprit des lois, lib. XI, cap. III)*.—B. CONSTANT, t. I, pág. 274. — WEBSTER, *Works*, t. II, pág. 393.

mente, como el ejercicio de la *industria lícita;* en cuanto á la propiedad: la espropiacion, el allanamiento del domicilio, la revisacion de la correspondencia.

Pero estas limitaciones para el habitante, tienen limitaciones para el poder que las impone, necesarias sobre todo en las primeras, en que el momento en que se operan, hace dificil una restriccion determinada.

Así, si el estado de sitio suspende las garantías constitucionales, el Presidente de la República no puede condenar por sí ni aplicar penas: y respecto á las personas solo arrestarlas ó trasladarlas de un punto á otro de la Nacion ó fuera de ella. (1) La propiedad puede espropiarse, pero ha de ser por causa de utilidad pública y prévia indemnizacion; (2) el domicilio se allana, pero por órden de juez, en los casos en que la ley lo determina, y lo mismo para la ocupacion de la correspondencia y papeles privados; (3) el indivíduo puede ser arrestado y puesto en prision, pero por órden de juez, haciéndole saber la causa, garantiéndole su defensa, sin mortificacion en las cárceles, mas allá de la que fuera necesaria para la seguridad de la persona, y siendo juzgado por sus jueces naturales.

Sabemos, sin embargo, que no es con simples declaraciones escritas en las constituciones que se garanten eficazmente los derechos individuales, porque segun la espresion de Bolivar, las constituciones han sido y son papeles para algunos pueblos. Pero

(1) Artículo 23 de la *Constitucion de la República.*
(2) Art. 17 id.
(3) Art. 18 id.

cuando la forma regular de gobierno no ha desaparecido, ya por una situacion de anarquía permanente que destroza la Polonia y sumerge en el atraso y la ignorancia á una parte de la América, ya por el entronizamiento del despotismo organizado en forma regular de gobierno, como la Rusia, la Turquía ó el Paraguay de los Lopez; entónces, decimos, los abusos, las usurpaciones, las violaciones, tienen su suprema garantía en el poder judicial, en ese poder al que los constitucionalistas americanos supieron agregar eficazmente la facultad que vino á establecer de un modo definitivo y armónico el equilibrio de los poderes en que Montesquieu habia colocado el fundamento de todo buen gobierno.

« La teoría de los derechos absolutos, dice Martinez, derivacion lógica de un sistema filosófico falso, aunque de indisputable mérito, y noble aspiracion de algunas personas generosas, que quisieran poner el derecho y la libertad fuera del alcance de todas las tiranías, parece, por sus resultados, inventada por el deudor de mala fé, contra el acreedor legítimo, por el reo contra el juez, por los conspiradores contra el poder social.

« Llevada esta teoría en toda su fuerza y rigidez á las leyes de un país. ¿ Qué sucederá ?

« Que no sintiéndose el indivíduo bastante protejido en su seguridad y en sus derechos, merced á la impotencia radical del poder público, se hará la justicia por su mano, viniendo así á imperar el derecho del mas fuerte.

« Que no sintiéndose el poder público bastante fuerte para resistir el embate de las facciones, tras de la declaracion de los derechos absolutos, vendrán *las*

leyes de escepcion, que son una confesion de impotencia, y un amargo desengaño. » (1)

Sin estar de acuerdo con todas estas afirmaciones, creemos que las consecuencias pueden producirse. Por librarse y garantirse de las acechanzas del poder se puede caer en la anarquía. Pero el desideratum no está aqui : está en armonizar los derechos del indivíduo con las exigencias del Estado, los derechos del hombre con los deberes del ciudadano, y hacer que el indivíduo cumpla su mision desenvolviéndose, y el Estado la suya cooperando á ese desenvolvimiento de modo que todo estravío del uno ó todo desconocimiento del otro, dé por sí mismo la señal de alarma que demuestre el desequilibrio ó la destruccion de la armonía.

Así : si todo habitante de la República tiene el derecho de trabajar y ejercer su industria, solo es miéntras ésta sea lícita ; si el entrar, permanecer y transitar, en tanto no perturban el órden público, y tengan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, é introducir y enseñar las ciencias y artes; si publicar sus ideas por la prensa sin censura prévia, no obtener la impunidad del libelo; si el derecho de asociarse, solo con fines útiles y pacíficamente. (2)

No basta reconocer los derechos individuales, es menester garantirlos, ha dicho Laboulaye; y tal es el objeto de las constituciones modernas. Las cartas no tienen un encanto mágico: no se hace la felicidad de los pueblos imaginando cualquier sistema, que no es casi siempre sinó un recuerdo del pasado. La mejor

(1) *Estudios sobre filosofía del derecho*, pág. 35.
(2) Artículos 14 y 25, *Constitucion Nacional.*

constitucion es aquella que garante la seguridad mayor al indivíduo : en otros términos, la que conserva mejor la libertad. (1)

¿Ha realizado esto nuestra Constitucion? Los derechos individuales están consagrados y están garantidos, y las limitaciones y restricciones están calculadas no solo para responder á los principios directores, sinó tambien á las necesidades de un pueblo que, despues de sesenta años de luchas, aun no ha reposado definitivamente.

Dixon (2) haciendo aplicacion á los Estados Unidos, ha dicho que « las naciones pierden en urbanidad lo que ganan en libertad y en poder ». ¿Perderán las Repúblicas en tranquilidad lo que ganan en libertad?

(1) *Introduccion al curso de Política constitucional* de BENJAMIN CONSTANT, t. I, pág. XXVII.

(2) *La nouvelle Amérique*, pág. 376, trad. de l'anglais par PH. CHASLES.

CAPÍTULO III

EL HABEAS CÓRPUS

I

La administracion de la justicia penal en las sociedades civilizadas, exije restricciones que no pueden ser desatendidas. Si la libertad individual no pudiera ser limitada, si todos y cada uno no contaran con esas limitaciones, toda seguridad desaparecería y con ella el desquicio y la anarquía reemplazarían el órden y el equilibrio que son indispensables para una vida regular.

¿Pero cómo se operan esas restricciones? ¿Cuál es su alcance y cuál su límite? Las restricciones pueden ser la consecuencia ó de un hecho ya conocido y juzgado por la justicia penal, ó de una medida puramente precaucional, á fin de garantir el castigo, haciendo imposible la impunidad del crímen ó delito, que es el mas funesto de todos los resultados. Lo primero sale fuera de nuestras investigaciones. ¿Cómo salvar lo segundo, cómo hacerlo imposible? Pretenderlo fuera una quimera, porque en el estado actual de las relaciones de los indivíduos de todos los países, no solo desaparecería la seguridad del castigo, sinó la investígacion misma sería imposible: la justicia penal, entónces, no tendria razon de ser.

Se comprende perfectamente que en los pueblos an-

tíguos la prision preventiva no tuviera gran importancia, puesto que la penalidad obedecía á una organizacion completamente diferente. Si el sospechado era un esclavo, cada dueño era un juez, y cada casa una cárcel. Si el sospechado era un hombre libre, su ocultacion á la justicia, su fuga del territorio era la aplicacion por su sola voluntad de la pena capital como llamaban los jurisconsultos romanos al destierro: «el desterrado, decia Jenofonte, pierde hogar, libertad, pátria, mujer é hijos, y cuando muere no tiene ni el derecho de enterrarse en el sepulcro de la familia porque es un estrangero». (1)

La justicia no necesitaba buscar seguridades contra la fuga. Fuera de la patria no habia sinó la soledad y el aislamiento mas ó menos completo, sinó la esclavitud y el desprecio como raza impura, con otro culto y otro hogar; y en la patria, apagado el hogar, sin culto, sin bienes, sin familia. ¿Podría presentarse situacion mas desesperante? ¿Podrá alguien tener interés en huir de la justicia antes que sufrir una prision preventiva?

No desconocemos que si la justicia penal ha hecho necesaria la detencion del presunto delincuente y si esa exijencia es la consecuencia del estado actual de las relaciones de los pueblos, estas mismas relaciones y las vinculaciones cada vez mas estrechas establecidas por los intereses recíprocos, tienden tambien á hacer inútil la fuga, puesto que la accion del Estado que persigue, alcanza ya fuera de sus límites territoriales. Pero si esto puede ser un medio de garantía para las ulterioridades de la acusacion, no

(1) Tucidides, I, 138.

puede olvidarse que los juicios en rebeldía van desapareciendo de la lejislacion en materia penal, y que no obstante contar con el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados que las han contratado, las escepciones son numerosas y no son pocos los delitos y crímenes que quedan impunes por la fuga.

Hay, sin embargo, una conciliacion dificil en todas estas materias, dados los elementos que actúan. ¿Cuál es el límite del respeto á la libertad individual, y hasta dónde son lícitas las exijencias de la justicia social? Difícil solucion, no solo por la facilidad con que puede herirse, inutilizarse uno ú otro derecho, de modo á producir un desequilibrio perjudicial, sinó tambien porque todas estas cuestiones que se refieren á la libertad individual no hieren directa é inmediatamente á cada indivíduo en particular de modo á hacer su causa propia de la causa de otro, y todos creen lejano sinó imposible el caso de que le toquen tales restricciones.

¿Cómo se esplica sinó esa discusion casi perpétua entre las doctrinas que se refieren á uno ú otro derecho? ¿Cómo se esplican sinó la impunidad del crímen, ó los sufrimientos del inocente en presencia de una sociedad civilizada? Los estremos conducen á resultados igualmente funestos, y si estos estremos son de fácil realizacion aun en nuestros dias, es indispensable arbitrar los medios para que no se produzcan, estableciendo garantías recíprocas que satisfagan en lo posible los derechos respectivos.

Un escritor distinguido (1) ha dicho: que para con-

(1) Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, t. II, pág. 203.

ciliar las exigencias de la libertad individual con las exijencias de la justicia social, sería necesario llegar á una lejislacion que parta ó realize esta fórmula: *arresto fácil, detencion difícil;* y llama *arresto* el hecho por el cual una persona, por su voluntad ó no, es conducida ante el magistrado para dar cuenta de todos los antecedentes que se relacionan con el crímen que se le atribuye, y *detencion*, prévia la órden que da el magistrado de detener al indivíduo en estado de detencion, mientras se realizan los procedimientos y se pronuncia la sentencia.

Por nuestra parte aceptamos esta fórmula, y creemos que los pueblos que la han incorporado á su lejislacion son precisamente los que gozan de las mayores libertades. Si la autoridad está constituida en garantía de todos y de cada uno, y si para el cumplimiento de sus fines impone molestías y sacrificios, no hay desdoro para nadie el sufrirlos. Presentarse ó ser conducido ante el magistrado para responder de su conducta con relacion á un hecho dado, no importa desmerecer ante la opinion de los demás, porque nadie está justificado ante las sospechas de la justicia social.

Pero si hasta la presentacion ante el magistrado puede no cometerse mal alguno, no sucede lo mismo una vez que se detiene, ó se detiene á confundirse en las prisiones con los verdaderamente criminales. En esto la ley debe ser previsora y parca: los antecedentes deben determinar con bastante claridad la medida, porque en este momento empiezan los agravios á la libertad individual y es donde los abusos se cometen en perjuicio de la persona y de su honra. Sí el magistrado ordena la detencion por creer llenados

los requisitos exijidos, el particular debe tener los medios de evitar el mal que se le impone, sin que por esto pueda ser burlada la justicia: aquí está el problema de conciliacion entre la libertad individual y las exigencias de la justicia social. ¿Cómo se hará para que la detencion sea dificil? ¿ Cuáles serán los medios que empleará el detenido para safar de la red en que se encuentra aprisionado?

En todos los pueblos en que las instituciones libres predominan, parece que la fórmula «arresto fácil, detencion difícil» predomina no solo como una conquista ya alcanzada y que se encuentra incorporada á esas instituciones, sinó porque las costumbres sociales, el hábito del manejo de los intereses públicos, establecen una especie de solidaridad entre el interés general y el interés particular, de modo que en todo momento existe la disposicion de coadyuvar á los fines que están mas distantes de producirse en un provecho particular directo. (1) El arresto es fácil, porque no es solamente el agente público encargado especialmente de estas funciones el que lo produce: el particular procede como el funcionario, porque es su deber ayudar al castigo de los delitos y á las investigaciones para conseguirlo, y no necesita para ello el recuerdo de una pena á aplicarse, como sucede entre

(1) Nada demuestra mas lo distante que está un pueblo de apreciar dignamente el goce de las garantías individuales, decía Rivadavia, como aquella incompetencia de que se llega hasta á hacer alarde, pretendiendo corresponder á solo los agentes del poder la guarda de derechos tan importantes. El mal que esto produce es, no solo la necesidad que forma de multiplicar funcionarios que son otros tantos brazos que se arrancan á otros empleos productivos; pero lo mas grave consiste en que jamás se arriba por este medio á la situacion feliz de que estas garantías tengan la fuerza que la civilizacion demanda. *Considerandos del decreto de 31 de Mayo de 1842.*

los que se identifican con los agentes de la autoridad y ven en ellos sus propios agentes. (1)

Pero si esto es así, no deja de ser cierto tambien que la detencion no es fácil y que el particular tiene todos los medios necesarios para hacer efectiva tal garantía. Existen en las formalidades prévias, porque si el arresto se hace por los particulares ó los fucionarios sin mandato anterior, es en el caso *infraganti*, y si es con mandato siendo individualizado de tal modo que impide todo vejámen á tercero; (2) y en uno y otro caso debiendo conducír al arrestado ante el magistrado bajo penas severas. Existen para la detension constituida en los lugares públicos de seguridad, en el *habeas corpus* y en la *fianza*, el primero para exigir el cumplimiento de aquellos deberes; el segundo para no sufrir una prision que dada la morosidad de todo proceso pudiera, ó ser inútil ó venir á agravar la pena escesivamente. (3).

(1) «El señor que vé facer mal á aquel á quien lo puede vedar, si non lo vieda, semeja que lo consiente é que es aparecero en ello», decia la ley 7. tit. 34, Part. 7. *Qui prohibire potuit, tenetur si non fecit*, (L. 45, D., *ad leg.* Aquil). — « Todo indivíduo de quien se acredite que ha podido evitar con su asistencia un atentado ó crímen, y que no lo ha hecho, ó que no ha prestado su cooperacion para la prision de un delincuente, sufrirá una prision de 24 horas », *(decreto 31 Mayo de 1822)*. El artículo 53 del Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, llama cómplices de tercer grado á los que no impiden el delito ó no pidan el auxilio necesario. Véase TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, t. I, pág. 32. — TAPIA, *Febrero novisimamente redactado*, t. VII, pág. 38, nº 10.—CHAUVEAU ADOLPHE, t. I, pág. 395.

(2) Son conocidos los incidentes que en el siglo pasado dieron á los Ingleses la conquista definitiva que importa la prohibicion de las órdenes generales de arresto. Véase ERSKINE MAY, t. II, pág. 296. — LIEBER, t. I, pág. 62. — STORY, t. II, pág. 622, § 1902.— RAWLE, *On Constitution*, pág. 127. — BANCROFT, *Histoire*, t. IV.

(3) Véase : PRINS, *Etude comparative sur la procédure pénale à Londres et en Belgique*. — FISCHEL, t. I, pág. 106.

Dejando de lado todo lo que se refiere á las demás garantías, (1) nos ocuparemos del *habeas corpus*, que es lo que mas hace á la materia de que tratamos. ¿Qué es el *habeas corpus*, cuál su alcance, cuál su importancia, cuáles sus efectos en las aplicaciones diversas?

II

El auto de *habeas corpus*, es la resolucion del magistrado por la que se ordena sean traidos á su conocimiento los antecedentes del indivíduo arrestado, para ordenar en seguida su sometimiento á juicio ó su libertad, segun los casos. (2)

III

La cuna del *habeas corpus* debe buscarse en Inglaterra, porque esta garantía entra en las grandes conquistas adquiridas sucesivamente desde Juan sin Tierra, y en las luchas con el poder real. Principio del *common law* ha venido incorporado á este cuerpo de doctrinas antes que hubiera una forma completa en la ley escrita. La Magna Carta lo encuentra en aplicacion y lo incorpora á su Capítulo XXIX: un inglés no podía ser detenido sino por crímenes ó por deudas, pudiendo pedir á una corte de justicia un *writ de*

(1) Artículos 18 y 19 de la *Constitucion Nacional;* artículos 11, 13, 16, 18, 24, 26, 27, 45 y 46 de la *Constitucion de Buenos Aires.*

(2) Véase las definiciones que dan: Blackstone, t. IV, pág. 219. — Story, § 1338. — Lieber, t. I, pág. 65. — Wilmot, *Opinions and judgments*, pág. 88. — Estrada, *Lecciones*, pág. 159. — Nandin, *Reflexiones sobre la lejislacion penal*, pág. 110.

habeas corpus ab subjiciendum, en cuanto la órden que este escrito ó auto contenía empezaba con estas palabras, y importaba lo que en materia civil se conoce por *ad exhibendum*.

Pero este privilegio era incómodo para las arbitrariedades de los reyes. No existiendo penalidad para las infracciones concedidas en violacion del derecho consagrado, y siendo los términos empleados en las reglas aceptadas algo vagos, la libertad individual siguió sufriendo numerosos atentados. Se introdujeron distinciones sútiles, se limitaba el conocimiento á ciertas cortes, se escusaba durante las vacaciones, se negaba á las prisiones fuera de Inglaterra; y de este modo Carlos I y Lord Clarendon seguian ejecutando impúnemente actos arbitrarios.

En este estado, contando siempre con la complacencia de los jueces, llegó un momento en que fué necesario buscar una solucion, y el 26 de mayo de 1679, el mismo dia que Carlos II prorrogaba el Parlamento daba tambien su sancion real á la ley de *Habeas Corpus*, que se ha llamado con razon el *palladium* de la libertad individual.

Esta ley, como ya lo hemos dicho, no fué una novedad para la Inglaterra: sus prescripciones principales se encontraban en el *common-law*; pero su importancia no puede ser desconocida, una vez que redujo los usos á preceptos, hizo imposible los abusos y significó una nueva conquista contra el absolutismo de los reyes.

Sus reglas pueden reasumirse así en su parte principal:

1ª Que toda persona detenida por algun crímen puede ocurrir por sí, ú otros por ella, á las Cortes su-

periores, solicitando ser traida á su presencia, y como consecuencia su libertad; que las Cortes deben dictar el auto inmediatamente, ordenando la presencia del preso, en un término que no puede pasar de veinte dias con los antecedentes, si los hubiere, resolviendo la peticion dos dias despues en el sentido de su libertad, á menos que resultase estar detenido en forma y por autoridad competente, ó por delito que no admita fianza, escepciones que desaparecen si pasados dos términos, uno para resolver sobre la fianza, y otro para ser juzgado, nada se hubiera conseguido; que en caso de negativa ó negligencia en cualquiera de las dilijencias á este respecto debe sufrirse una pena pecuniaria que se determina;

2ª Que ninguna persona una vez puesta en libertad por un auto de *habeas corpus* puede ser detenida de nuevo por el mismo delito, sin incurrir el detentor en una pena pecuniaria. (1)

Sin embargo, la historia nos informa que esta ley fué el resultado de una superchería. Despues de la discusion en la que tomaron parte los ministros, se procedió á la votacion. Los encargados de tomar los votos en la alta Cámara, eran Lord Norris, indolente y distraido, y Lord Grey, reflexivo é intencionado. Llegado el turno para la votacion, á un Lord de gran obesidad, se le ocurrió á Grey hacer valer el voto de este por diez y contó diez en vez de uno. El distraido Norvis apuntó aquel número, y la suma en favor del bill, quedó aumentada en nueve votos, que le aseguraron la mayoría. Cuando los ministros, que sabían que en

(1) Veáse Lieber, t. II, pág. 211, donde está integramente transcripta la ley.

aquel dia no habian concurrido á la Cámara sinó ciento siete Lores, oyeron publicar el número de ciento diez y seis votantes, fué grande su estrañeza, y aunque pidieron que empezara de nuevo la votacion, hallándose desiertos los bancos y llenas todas las formalidades, todo fué inútil. (1)

No obstante, el *habeas corpus* fué y es una verdadera garantía para la libertad de los ingleses. Si la prision puede ser un medio de seguridad ó de llegar al castigo del crímen, ella no es justificable sinó en tanto llena estos objetos. Toda detencion que prive de su libertad á un indivíduo está á su amparo; y los tribunales que conocen en el recurso juzgan de ella en todo momento, ya sea porque no haya sido presentado ante el magistrado para ser juzgado, ya porque la órden, en virtud de la que se ha procedido, no corresponde por su forma, fondo y competencia, ya sea porque el magistrado ha dejado pasar un tiempo determinado sin resolver definitivamente en la causa que se ha formado. Es solamente una garantía á la seguridad personal, pero garantía plena en tanto se coloca en las diferentes situaciones en que puede sufrir, y de los medios de conseguir la cesacion de los males. (2)

(1) BURUCH, *Hist.*, t. I, cap. 2, pág. 485. — FLEURY, *Histoire d'Angleterre.* — CHRISTIAN, *Notas á Blackstone*, t. IV, pág. 227. — GONZALEZ NANDIN, *Reflexiones sobre la lejislacion penal, el jurado y las costumbres judiciales de Inglaterra*, pág. 111.

(2) Veáse : BLACKSTONE, t. IV, págs. 219 y siguientes. — MACAULAY, t. 1, pág. 222. — MITTERMAYER, *Traité de la procédure criminelle*, pág. 194. — LUBER, t. I, pág. 65. — FISHEL, t. I, pág. 161. — ROSSI, t. II, pág. 322. — COOLEY, *Limit.*, pág. 424. — HALLAM, t. IV, pág. 125. — PHILLIPS. *Des pouvoirs et des obligations des jurys*, pág. 521.— BLOCK, *Dictionnaire d'administration*, verb. *habeas corpus.*

Blackstone (1) despues de establecer que la prision ilegal se constituye por la detencion de la persona, y por la ilegalidad de esa detencion, hace la enumeracion de los diferentes medios de hacer cesar aquella así como de repararla. Son cuatro: 1° el auto de *mainprize, manucaptio;* 2° el de *homine replegiando;* 3° el de *odio et atia;* 4° el de *habeas corpus;* pero este último llevaba diferentes nombres, segun sus objetos. Así habia: 1° el de *habeas corpus ad respondendum;* 2° el de *habeas corpus ad satisfaciendum;* 3° el de *habeas corpus ad prosecuendum;* 4° el de *habeas corpus ad testificandum;* 5° el de *habeas corpus ad deliberandum;* 6° el de *habeas corpus ad faciendum et recipiendum;* 7° el de *habeas corpus ad subjiciendum.*

Pero de todos estos medios, el mas renombrado ha sido el de *habeas corpus* y entre sus diferentes clases el *ad subjiciendum,* que es el conocido hoy con el nombre genérico de *habeas corpus,* y el que fuera de la pena con que asegura su eficacia, conserva al damnificado con la prision una accion de indemnizacion, por *trespas vi et armis,* llamada ordinariamente de falsa prision, *false imprisonment.* (2)

IV

Esta garantía de la seguridad personal pasó á los Estados Unidos como parte integrante del *common-*

(1) *Com.* t. IX, págs. 212 y siguientes. *Blackstone by* COOLEY, t. II, pág. 128.—STEPHEN, t. IV, pág. 18. — BOUVIER, *Law dict.*, verb. *habeas corpus* — MARSHALL, *decisiones de la Suprema Corte,* 4 Cranch 75 (CURTIS, t. II, pág. 27).

(2) BLACKSTONE, t. IV, pág. 231. — *Blackstone by* COOLEY, t. II, pág. 137. — KENT, *Com.*, t. II, pág. 39.

law, y ha sido incorporada á la lejislacion de los Estados, si no en todos sus términos, en su sustancia y efectos. La Constitucion federal dice que «el privilegio del auto de *habeas corpus* no se suspenderá, á menos que la seguridad pública lo requiera en casos de rebelion ó de invasion»; (1) y las leyes del Congreso han dado á las Cortes de los Estados Unidos plena autoridad para dictar el auto en los casos que caigan dentro de la jurisdiccion del gobierno nacional. (2) Casi todas las Constituciones de los Estados establecen las mismas prescripciones. (3)

V

Si pasamos á los Estados de la América del Sur, encontraremos establecida la garantía del *habeas corpus* de un modo mas ó menos completo: en el *Brasil,* por los incisos 8° y siguientes del artículo 178 de la Constitucion y los artículos 340 y siguiente de su Código de procedimientos criminales (4); en *Chile*, los

(1) Artículo 1°, sec. 9ª, § 2.

(2) Leyes de 24 de Setiembre de 1789 (1 Stats., 81); 2 de Marzo de 1833, sec. 7 (4 Stats., 634); Agosto 29 de 1842 (5 Stats., 539); 3 de Marzo de 1863 (12 Stats., 755); 5 de Febrero de 1867 (14 Stats., 385). — Kent, *Com.*, t. II, pág. 33. — Story, t. II, pág. 207, § 1341. — Cooley, *Const. Lim.*, 345, 346. — Bouvier, *Institutes*, t. I, n° 211, pág. 52. — *Law. dict.*, verb. *habeas corpus*. — Castelli Dionigi, *L'amministrazione della giustizia in Inghilterra*, pág. 225.

(3) Autores citados. Sobre el *habeas corpus* en Francia, sus diferencias con la lejislacion inglesa y su estado actual, véase: Rossi, t. II, págs. 327 y siguientes.

(4) Arosemena, *Constituciones políticas de la América Meridional*, t. I, pág. 35. — Pimenta Bueno, en sus *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, pág. 206, hace un estudio claro y metódico de la lejislacion brasilera, que establece una de las mas completas y eficaces garantías.

artículos 133 á 143 de la Constitucion y especialmente este último que consagra la doctrina general (1); en la *República Oriental del Uruguay*, el artículo 114 y sus correlativos, así como el Código de Instruccion criminal, dictado en 1879, si bien establecen algunas garantías, no consagran claramente el *habeas corpus* (2); en el *Paraguay*, la Constitucion establece limitaciones para los casos de arresto ó prision, pero falta la forma precisa para hacerlas efectivas; en *Bolivia*, por la Constitucion de 1878, en sus artículos 6°, 7° y 8°, y por su Código de procedimientos, en sus artículos 812 á 819 (3); en el *Perú*, por el artículo 18 de su Constitucion (4); en el *Ecuador*, por el artículo 91 de su Constitucion (5); en *Venezuela*, por el inciso 14 del artículo 14 de su Constitucion (6); en *Honduras*, por el inciso 1° del artículo 7° de su reciente Constitucion. (7)

VI

Respecto á la República Argentina, ya hicimos notar en el capítulo 1°, como, desde sus primeros pasos despues de la Revolucion de 1810, todos sus Estatutos,

(1) Lastarria, *Constitucion política de la República de Chile*, págs. 191 y siguientes, que hace algunas juiciosas observaciones sobre el artículo 143. — Arosemena, t. I, págs. 117 y 164.

(2) Arosemena, t. I, págs. 284 y 322, y el Código citado.

(3) *Annuaire de législation étrangère*, 1878, pág. 765, y Código citado.

(4) Arosemena, t. II, pág. 7.

(5) Arosemena, t. II, pág. 423.

(6) Arosemena, t. II, pág. 303.

(7) Este artículo se limita á establecer simplemente que « la República reconoce el *habeas corpus* ».

Reglamentos y Constituciones habian tratado siempre de garantir la seguridad individual: escusamos repetirlo, bastando referirnos á ello.

Su actual Constitucion no ha sido parca en este sentido; y si bien al establecer principios generales han quedado algunos vacíos, ellos han sido llenados por leyes especiales en cuanto importan al órden nacional, y por las Constituciones y leyes de las Provincias en cuanto á estas les afecta.

Así, la ley de 14 de Setiembre de 1863, en su artículo 20, ha dicho: « Cuando un indivíduo se halle detenido ó preso por una autoridad nacional ó á disposicion de una autoridad nacional, ó á virtud de una órden emitida por autoridad nacional; ó cuando una autoridad provincial haya puesto preso á un miembro del Congreso ó cualquier otro indivíduo que obre en comision del Gobierno Nacional, la Corte Suprema de Justicia ó los Jueces Seccionales, podrán á instancia de las partes, ó de sus parientes ó amigos, investigar sobre el orígen de la prision, y en caso de que esta haya sido ordenada por autoridad ó persona que no está autorizada por la ley, mandarán poner el preso inmediatamente en libertad ». (1)

Las Constituciones de todas las Provincias, y especialmente las de Córdoba, Salta y Buenos Aires, se manifiestan mas ó menos ajustadamente á los principios del *habeas corpus*. La de esta última dice, en su artículo 17, que: « Toda persona detenida podrá pedir, por sí ó por medio de otra, que se la haga comparecer ante el Juez mas inmediato, y espedido que

(1) *Leyes de procedimiento de la Justicia Nacional.* Véase artículos 45 y 46 de la ley de 1863, sobre crímenes que competen juzgar á los tribunales nacionales.

sea el auto por autoridad competente, no podrá ser detenido contra su voluntad, si pasadas las veinte y cuatro horas no se le hubiese notificado, por juez igualmente competente, la causa de su prision ». « Todo Juez, aunque lo sea de un Tribunal colegiado, á quien se hiciere esta peticion ó se reclamase la garantía del artículo anterior, deberá proceder en el término de veinte y cuatro horas, contadas desde su presentacion con cargo auténtico, bajo multa de mil pesos fuertes. »

Examinando estas disposiciones tanto en el órden nacional como en provincial, nos podriamos preguntar sí efectivamente ellas importan la consagracion de los principios del *habeas corpus,* tal como han sido establecidos en la lejislacion inglesa. A nuestro juicio no, pero esto dimana, sin duda, de la diferente organizacion de nuestros tribunales y de la manera cómo administran la justicia.

Cuando en la Convencion reformadora de la Constitucion de la Provincia de Buenos Aires, se discutía el artículo 17 que antes hemos transcripto, se sostenía por el General Mitre, autor del artículo en su primera parte, que en su disposicion se encontraba el *habeas corpus* desde que se daban al detenido los medios de obligar á las autoridades á presentarlo al magistrado ante quien debiera ejercitar sus derechos; y por el Dr. Lopez que faltaba la garantía principal que era la pena al que no dictaba ó no obedecía el auto, y la obligacion de juzgarlo por parte del magistrado á quien se presentaba. (1)

Creemos que uno y otro tenian razon. El General

(1) *Debates de la Convencion*, págs. 522 y siguientes.

Mitre en tanto tomaba el objetivo principal del *habeas corpus* que es el evitar una prision ilegal, y se colocaba bajo el punto de vista de nuestra organizacion judicial; y el Dr. Lopez en tanto aplicaba solamente la ley inglesa.

En verdad. La ley inglesa dá al *habeas corpus* los efectos siguientes: presentacion ante una Corte de justicia, aceptacion de la fianza en los casos admitidos, juzgamiento inmediato por aquella, y libertad inescusable cuando se hubieran pasado dos *términos* sin ser juzgado. Pero es necesario no olvidar que en Inglaterra solo son competentes para dictar un auto de *habeas corpus*, una de las tres Cortes ó jueces de Westminster, las Cortes del Banco del Rey *plaids commons*, ó las Cortes superiores á aquellos que ordenaron la prision (1), manteniéndose la gradacion necesaria en toda buena administracion de justicia, y que por lo tanto pueden avocar á sí la causa y resolverla.

Entre nosotros la garantía del *habeas corpus* llena su objeto cuando se evita una prision que no emana de autoridad competente, porque el detenido tiene en las leyes los medios de obtener la libertad por la fianza en los casos admitidos, (2) ó de obligar al majistrado á activar y resolver su juicio, recurriendo en todo caso á las Cortes superiores para resolver lo primero ó conminar á aquel al cumplimiento de su deber con multas y responsabilidades especiales.

Que la pena al majistrado que no atiende la reclamacion se encuentre ó no en la constitucion, no puede

(1) Lo mismo sucede en el Brasil.

(2) Art. 18 de la *Constitucion de la Provincia y ley reglamentaria.*

tener gran importancia, porque, como decia el General Mitre, «si todas las garantías que se establecen hubiesen de tener una sancion especial en vez de estar comprendidas como están en el capítulo de declaraciones, derechos y garantías, vendrían á convertirse en un código que nunca sería completo. Una constitucion no puede ser un Código penal.»

Lastarria (1), comentando el artículo 143 de la Constitucion Chilena, se pregunta, «de qué puede servir todo esto al reo, si el juez es árbitro para comenzar la sumaria, continuarla ó terminarla cuando mejor le acomode, segun sus ocupaciones ó segun sus caprichos». Sin duda sucede, y entre nosotros con frecuencia, que la negligencia ó abandono del juez, hace sufrir al reo una prision indebida, prolongando la causa mas de lo necesario, de modo que, cuando queda concluida esta el tiempo corrido es igual al que determina la pena; pero esto tiene su remedio en los recursos que las leyes establecen.

El arrestado tiene una garantía contra un arresto indebido, en el derecho de hacer examinar la causa que lo motiva por otro juez y obligar á este á que lo someta á la autoridad competente. Si sometido el juez no lo injuicia, no sigue la causa, tiene recurso para la Corte superior en grado que le conmina á ello, y en todo caso sufriría una prision teniendo en sus manos los medics de apresurar su conclusion, situacion muy diferente al que preso sin saber cómo ni por qué, no vé ante sí mas que un acto arbitrario y no siempre la persona que lo ha ocasionado.

Sin embargo, el artículo 17, apesar de la confusion

(1) *La Constitucion política*, pág. 194.

con que está redactado, contiene mayores garantías que la ley nacional en el artículo antes citado. Segun esta los tribunales nacionales solo pueden ordenar la libertad del detenido, cuando la detencion ha sido ordenada por autoridad ó persona que no está autorizada por la ley. (1) Segun aquel auto, procede á favor de todo detenido, si no ha sido sometido á juez competente, para que lo sea, y si sometido antes del auto ó á consecuencia de este no se le hubiera hecho saber la causa de la prision dentro de veinte y cuatro horas, para que se ordene su libertad.

VII

La organizacion federal á que responde el gobierno argentino, provoca necesariamente un deslinde de atribuciones que requiere en muchas materias una atencion especial para no producir el desequilibrio. Los poderes públicos de la Nacion tienen su accion propia en los límites trazados por la carta constitucional, y en todo aquello que, siendo necesario para llenar los fines señalados por sus facultades, nace por implicancia. Los poderes públicos de las Provincias tienen tambien su accion propia, y aun mas estensa que aquellos, en todo lo que no han delegado, y que por lo tanto se han reservado. Aun admitiendo la teoría mas nacionalista, que todos los poderes del gobierno central y de los gobiernos de provincia tienen por orígen el pueblo de la Nacion, hay límites para todos,

(1) La Suprema Corte Nacional así ha interpretado el artículo 20, en las Causas CXXVIII (*Fallos*, t. III, pág. 394, 2ª serie) y LI (*Fallos*, t. V, pág. 316, 2ª serie).

porque precisamente en la limitacion consiste la armonía del principio.

El *imperium* de la Nacion no está sobre el *imperium* de las Provincias. En el ejercicio de las facultades constitucionales hay un verdadero equilibrio, una ponderacion de fuerzas. Cuando la Nacion ejercita sus poderes pone en accion su *imperium*, y en el campo de su ejercicio no existe el *imperium* de la Provincia. Cuando la Provincia pone en movimiento los poderes reservados y recorre la órbita de sus atribuciones propias, entónces hay *imperium* de provincia, pero no hay *imperium* de nacion. No hay sinó algunos casos límitados en que los dos *imperium* se encuentren, y es en las facultades concurrentes: entónces es regla que el de la nacion se mantenga sobre el de provincia pero raro sería el caso que se produjera en este sentido en el órden puramente político. O manda la Nacion ó manda la Provincia. No hay *imperium* sobre *imperium*, porque esto sería la absorcion unitaria y no el equilibrio federal; y si hay peligro de anarquía y disolucion en admitir la relajacion del poder de la Nacion por las usurpaciones de las Provincias, hay peligro de despotismo y tiranía en debilitar el poder de las Provincias para fortalecer el poder de la Nacion.

« Hay entre los limites territoriales de cada Estado, dos gobiernos, dice Field, límitados en sus esferas de accion, pero independientes entre sí y supremos en sus respectivas esferas. Cada uno tiene sus departamentos separados, diferentes leyes y sus tribunales propios para hacerlas efectivas. Ningun gobierno puede mezclarse en la jurisdicion ó autorizar cualquier intervencion de sus autoridades judiciales en la accion del otro. Los dos gobiernos en cada Estado permane-

cen en sus respectivas esferas de accion, en la misma relacion independiente entre sí, con una escepcion, como si sus autoridades abrazarán diferentes territorios. La escepcion consiste en la supremacía de la autoridad de los Estados Unidos cuando algun conflicto se suscita entre los dos gobiernos. La constitucion y las leyes dictadas para llenar sus fines están consideradas como la suprema ley de la tierra, y los jueces de cada estado reconocen en esto su límite «no obstante cualquier disposicion en contrario de la constitucion ó leyes de algun Estado». «Por esto siempre que se suscite algun conflicto entre las disposiciones de las dos soberanías ó en la sancion de sus autoridades, las del Gobierno Nacional deben tener supremacia hasta que la validez de las diferentes disposiciones y mandatos pueda ser finalmente determinada por los tribunales de los Estados Unidos. Esta supremacía temporal hasta la decision judicial por los Tribunales Nacionales y la determinacion final del conflicto por tal decision, son esenciales á la preservacion del órden y de la paz así como para impedir toda colision de fuerza entre los dos gobiernos». (1)

El Dr. Gorostiaga, actual Presidente de la Suprema Corte de Justicia, decia en 1862: « La autoridad delegada en la Constitucion por el Pueblo Argentino, ha sido confiada á dos gobiernos enteramente distintos, al Gobierno Nacional y al Gobierno Provincial...... Como el Gobierno Nacional ha sido formado para responder á grandes necesidades generales, y atender á ciertos intereses comunes, sus poderes han sido definidos y son en pequeño número. Como el Gobierno

(1) Trable's Case, 13, Wallace 406.

Provincial, por el contrario, penetra en todos los detalles de la sociedad, sus poderes son indefinidos y en gran número, se estienden á todos los objetos que siguen el curso ordinario de los negocios y afectan la vida, la libertad y la prosperidad de los ciudadanos. Así pues, nuestra Constitucion ha definido con cuidado las atribuciones de las Provincias. Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitucion al Gobierno federal, dice el artículo 104. El Gobierno de la Provincia viene á ser la regla, por tanto, y forma el derecho comun. El Gobierno Nacional es la escepcion ». (1)

Así un ejemplo evidente de estas afirmaciones se presenta en el ejercicio del auto de *habeas corpus*. Tanto los tribunales nacionales como los provinciales tienen facultad bastante para dictar el auto, pero solo en las causas de su competencia, y nunca con jurisdiccion concurrente. Detenido un indivíduo por órden de una autoridad nacional, los tribunales de Provincia no pueden intervenir por el *habeas corpus*. Detenido un individuo por autoridad provincial y por causas que surten su fuero, tampoco pueden intervenir por el *habeas corpus* las autoridades nacionales. (2)

¿Por qué? Porque ejercitando cada poder su *imperium* no hay supremacía del uno sobre el otro. El *habeas corpus*, como garantía, necesita existir quizá mas en el órden provincial que en el nacional, porque este es de escepcion y aquel de derecho comun, y los hechos que lo reclaman se producen con mas

(1) Sesion de 1° de Agosto de 1862, en la Cámara de DD.

(2) El artículo 20 de la ley de 1863 lo establece casi espresamente entre nosotros; y la Corte Suprema lo ha repetido. *Fallos*, t. V, pág. 345, 1ª série; t. VI, pág. 47, 2ª série; t. IX, pág. 382, 2ª série.

frecuencia en el uno que en el otro. La jurisdiccion de los tribunales nacionales es restrictiva, á diferencia de la de los Tribunales de Provincia que se ejercita con toda amplitud. (1)

Así la Suprema Corte de los Estados Unidos fundando su decision á este respecto por medio de su Presidente Taney, ha dicho con mas verdad y acopio de doctrina que lo que podriamos hacer nosotros:

« Pero, como ya lo hemos dicho, las cuestiones de esta naturaleza deben siempre rejirse por la Constitucion y leyes de los Estados Unidos y no por los de un Estado. La Constitucion no fué formada meramente para protejer á los Estados de peligros provenientes de naciones estranjeras, sinó principalmente para asegurar la union y la armonía doméstica; porque si este propósito se obtuviese, habría muy poco peligro esterno; y para llegar al cumplimiento de este fin, los hombres de estado que elaboraron la Constitucion y el pueblo que la adoptó, encontraron que era necesario que muchos de los derechos de soberanía que los Estados poseian entónces fueran cedidos al Gobierno General; y que, en la esfera de accion que se designaba fuese supremo y suficientemente fuerte para ejecutar sus propias leyes, por medio de sus propios tribunales sin interposicion de ningun Estado ó de las autoridades de ningun Estado. Y era evidente que toda regla que se apartase de este principio sería inadecuada para los altos fines para que el Gobierno fué establecido; y que los intereses, las pasiones ó las preocupaciones locales incitadas y nutridas por algunos individuos con propósi-

(1) Fallos citados, t. I, pág. 364, série 1ª.

tos siniestros, arrastrarian á un Estado á actos de agresion y de injusticia sobre los derechos de otros que terminarian por fin en violencia y fuerza, á menos que no hubiese un árbitro comun entre ellos, armado de poder bastante para protejer y guardar los derechos de todos, por leyes apropiadas que pudiesen ser ejecutadas pacíficamente por sus tribunales de justicia.

«El lenguaje usado en la Constitucion al consignarse este poder es bastante claro para admitir dudas ó necesitar comentarios. Ella declara que esta Constitucion y las leyes de los Estados Unidos que se sancionen á consecuencia de ella, y todos los tratados hechos ó que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema de la tierra y los juicios de todos los Estados estarán obligados á cumplirla, cualesquiera que sean las disposiciones que las Constituciones ó leyes de los Estados pudiesen tener en contrario.

«Pero esta supremacía conferida al Gobierno General no podría mantenerse pacíficamente, á menos que no se la invista de un poder judicial, igualmente eminente en autoridad para llevarla á ejecucion; porque si ese poder se deja á las cortes de justicia de los diversos Estados, dictarian inevitablemente decisiones en conflicto, ademas de que difícilmente puede esperarse que los tribunales locales estén siempre libres de las influencias locales de que hemos hablado. Su constitucion, las leyes y los tratados de los Estados Unidos, y los poderes conferidos al Gobierno Federal pronto recibirían interpretaciones diferentes en los distintos Estados, y el Gobierno de los Estados Unidos vendria á ser pronto una cosa en un Estado y otra en ötro.

« Era esencial de consiguiente, para su verdadera existencia como Gobierno, que tuviese el poder de establecer cortes de justicia, completamente independientes del poder de los Estados, para llevar á efecto sus propias leyes, y que se criase un tribunal en que todos los casos que pudiesen ocurrir con motivo de la constitucion, las leyes y los tratados de los Estados Unidos, ya fuese en una Corte de Estado ó ya en una de los Estados Unidos, pudiesen ser final y concluyentemente decididos.

« Sin un tribunal semejante es óbvio que no habría uniformidad en las decisiones judiciales; y que la supremacía (que no es sinó otro nombre de la independencia), tan cuidadosamente acordada en la cláusula de la Constitucion arriba transcrita, no podría mantenerse pacíficamente, á no ser que fuese acompañada de esta eminente autoridad judicial.

« En consecuencia, ella fué conferida al Gobierno General en términos claros, precisos y concisos. Se declaró que su poder judicial (entre otros objetos enumerados) se estendería á todos los casos de derecho y equidad regidos por la constitucion y leyes de los Estados Unidos, y que en estos casos así como en los demás allí enumerados, esta Corte tendría jurisdiccion para entender en las apelaciones, tanto en las cuestiones de hecho como de derecho, con las escepciones y bajo las reglas que el Congreso sancionare. Debe observarse que la jurisdiccion para entender en las apelaciones se confirió á la Corte en todos los casos ó litijios en que una cuestion semejante ocurriese. No se ha limitado á los litijios dirimidos en las Cortes inferiores de los Estados Unidos, sinó que se estiende á todos los casos en que surja una cuestion

semejante ya sea en un tribunal de justicia de un Estado, ó de los Estados Unidos. Es evidente que esta jurisdiccion última para entender en las apelaciones, conferida á un tribunal criado por la Constitucion misma se consideró esencial para asegurar la independencia y supremacía del Gobierno General en la esfera de accion que se le designaba; para hacer uniformes é iguales en cada Estado la constitucion y leyes de los Estados Unidos; y para obviar los peligros que inevitablemente aparecerían con motivo de las opiniones en conflicto entre las Cortes de un Estado y las de los Estados Unidos, si no hubiese un árbitro comun autorizado para decidir entre ellos.

« La importancia que los autores de la Constitucion atribuyeron á este tribunal para el propósito de asegurar la tranquilidad interna, está patentemente manifiesta en la cláusula que da á esta Corte jurisdiccion, sobre los Estados soberanos que componen la Union, cuando surje una controversia entre ellos. En vez de reservarse el derecho de buscar reparacion de la injusticia de otro Estado, por medio de sus poderes soberanos, se han obligado á someterse á la decision de esta Corte y á acatar su fallo. Y no es fuera de lugar decir aquí, que la esperiencia ha demostrado que este poder no fué ligeramente criado por los Estados; pues en el tiempo que ha transcurrido ya, desde que este gobierno tiene existencia, varias controversias irritantes y ágrias han tenido lugar entre los Estados linderos con motivo de sus límites respectivos y que han amenazado á veces concluir en actos de fuerza y violencia á no haber sido el poder de que esta Corte fué investida para oirlos y decidir entre ellos.

« Los mismos propósitos se hallan claramente indicados por el lenguaje diferente empleado cuando se confiere supremacía á las leyes de los Estados Unidos y jurisdiccion á sus cortes. En el primer caso se provee que « esta Constitucion y las leyes de los Estados Unidos *que se sancionen á consecuencia de ella*, serán la ley suprema de la tierra, y obligatorias para los jueces en cada Estado ». Las palabras en letra bastardilla muestran la precision y prevision que marca á cada cláusula del instrumento. La soberanía á crearse debe ser limitada por sus poderes de lejislacion, y si se dictase una ley no autorizada por sus poderes enumerados, no deberá ser considerada como la ley suprema de la tierra ni los jueces de los Estados estarán obligados á ejecutarla. Y como las Cortes de un Estado y las de los Estados Unidos podrian, y ciertamente pueden, diferir en cuanto á la estension de los poderes conferidos al gobierno general, era claro que sérias controversias podrían suscitarse entre las autoridades de los Estados Unidos y las de los Estados, que serian resueltas por medio de las armas, á menos que no se creara algun tribunal para decidirlas definitivamente y sin apelacion.

« La Constitucion ha provisto los medios contra este peligro, en tanto la prevision humana puede hacerlo. Confiriendo el poder judicial al gobierno federal, declara que la jurisdiccion de sus cortes se estenderá á todos los casos originados por « esta Constitucion » y las leyes de los Estados Unidos, escluyendo las restricciones contenidas en las facultades del poder legislativo que antes hemos referido. El poder judicial ampara todo acto lejislativo del Congreso, si se encuentra en los límites de los poderes delegados, ó es

una inplicancia de los poderes establecidos en la Constitucion.

«El poder judicial fué considerado como indispensable no solamente para mantener la supremacía de las leyes de los Estados-Unidos, sinó tambien para defender los Estados, de alguna usurpacion á sus derechos reservados. Y como la Constitucion es la ley suprema y fundamental, si aparece que un acto del Congreso se encuentra fuera de los límites trazados al Gobierno Federal, es deber de las Córtes de los Estados-Unidos el declarar su nulidad é inconstitucionalidad. El poder judicial conferido no está limitado á la aplicacion de las leyes dictadas en consecuencia de las provisiones de la Constitucion, ni á la interpretacion de tales leyes, sinó que, por sus mismos términos, la Constitucion se somete á su exámen cuando se trae á discusion algun acto del Congreso, y es su deber declarar la ley nula y rehusar su ejecucion, si no es á consecuencia de los poderes conferidos al Congreso. Y como el poder final de resolver las apelaciones en todas estas cuestiones se ha dado á esta Córte, las controversias entre los poderes respectivos de los Estados-Unidos y de los Estados en vez de ser determinadas por la fuerza militar y física, son oidas, investigadas y finalmente zanjadas con la calma y la deliberacion de la investigacion judicial. Y nadie puede dejar de ver, que si este árbitro no se hubiese criado en nuestro complicado sistema de gobierno, la tranquilidad interna no se hubiera podido preservar; y si aquellas controversias si hubiesen dejado al arbitrio de la fuerza física, nuestros Gobiernos, de Estado y Nacional, habrían dejado en breve de ser gobiernos legales y las revo-

luciones armadas se habrían sustituido á las córtes de justicia y á las decisiones judiciales. Al organizar su tribunal, es evidente que fueron tomadas todas las precauciones que es dado prever á la sabiduría humana á fin de hacerlo apto para el desempeño de las altas funciones que se le habian confiado.

« No se dejó al Congreso la facultad de crearlo por ley, porque difícilmente podia esperarse que los Estados confiaran en la imparcialidad de un tribunal criado esclusivamente por el Gobierno General, sin participacion alguna de su parte. Y como el cumplimiento de sus deberes suscitaria á veces conflictos con los intereses y ambiciones individuales y las poderosas combinaciones políticas, un acto del Congreso estableciendo dicho tribunal podría ser revocado para establecer otro mas subordinado á las influencias políticas dominantes ó á las pasiones escitadas del momento. De consiguiente, este tribunal fué erijido y los poderes de que hemos hablado le fueron conferidos, no por el Gobierno Federal sinó por el pueblo de los Estados, que formó y adoptó este Gobierno y le confirió todos los poderes lejislativos, ejecutivo y judicial que ahora posée. Y á fin de asegurar su independencia y habilitarlo fiel y firmemente para llenar su deber, lo consignó en la Constitucion misma y declaró que esta Córte tendría facultad para entender en las apelaciones en todos los casos rejidos por la Constitucion y leyes de los Estados-Unidos. Así pues, en tanto que esta Constitucion subsista, este tribunal existirá con ella, decidiendo en las formas pacíficas del procedimiento judicial las ágrias é irritantes controversías entre soberanías que en otros países han sido resueltas por el arbitrio de la fuerza.

« Estos principios de derecho constitucional se hallan confirmados é ilustrados por la cláusula que confiere al Congreso facultades lejislativas. Estas facultades están espresamente conferidas en el artículo 1° seccion 8ª párrafo 18, en los siguientes términos:

« Para dictar todas las leyes que fueren necesarias « y propias para poner en ejecucion los poderes prece- « dentes y todos los demás poderes conferidos por esta « Constitucion al Gobierno de los Estados-Unidos, ó á « cualquiera de sus departamentos ó funcionarios. »

« Con motivo de esta cláusula de la Constitucion, es deber del Congreso sancionar tantas leyes cuantas fueren necesarias y propias para llevar á ejecucion los poderes acordados al departamento judicial. Y en cumplimiento de este deber, el Primer Congreso, en su primera sesion, dictó el acta de 1789, capítulo 20, titulada « *Acta restableciendo las córtes judiciales de los Estados Unidos* ». Debe recordarse que muchos de los miembros de la Convencion eran tambien miembros del Congreso, y no debe suponerse que no entendieron el significado é intencion del gran instrumento que tan ansiosa y deliberadamente habían considerado, cláusula por cláusula, y contribuido á elaborar. Y la ley que dictaron para poner en ejecucion los poderes acordados al departamento judicial del Gobierno, prueba, fuera de duda, que su interpretacion de la facultad para entender en las apelaciones conferidas á esta Córte, era la misma que nosotros le hemos dado ahora; pues por la seccion 25ª del acta de 1789, el Congreso autorizó á la Córte á revocar las sentencias de las Córtes de Estado siempre que un derecho hubiese sido proclamado por la Constitucion ó leyes de los Estados Unidos y la decision de

la Córte de Estado lo desconociese. Y á fin de hacer efectivo este poder, y á la vez independiente de la accion de los Tribunales de Estado, esta acta provée además, que revocadas las sentencias de las Córtes de Estado, en vez de remitir la causa para una decision final á dichas Córtes de Estado, esta Córte pueda á su discrecion, siempre que la causa hubiese sido decidida antes ya una vez, proceder á dictar una decision final de la misma, y á llevarla á ejecucion.

«Estas disposiciones del acta de 1789, nos enseñan en un lenguaje inequívoco, la gran importancia que los patriotas y hombres de Estado del primer Congreso, atribuyeron á este poder, de entender en las apelaciones, y la prevision y cuidado con que guardaron su libre é independiente ejercicio de la intromision ú obstruccion de los Estados ó tribunales de Estado.

«En el caso sometido á la Suprema Córte de Wiscousin, se ventilaba un derecho amparado por la Constitucion y leyes de los Estados Unidos, y la decision fué contraria á ese derecho, negándose á cumplir la sentencia revocatoria y á considerarla como una resolucion final. No solo se revoca y anula la sentencia de la Córte de Distrito de los Estados Unidos, sinó que se revocan y anulan las provisiones de la Constitucion misma, y la ley del Congreso de 1789, y se convierte el tribunal superior y de apelacion, en inferior y subordinado.

« No cuestionamos la autoridad de la Córte ó Jueces de Estado, competente para dictar actos de *habeas corpus* por las leyes del Estado, para dictarlo en los casos en que la parte se encuentra detenida en sus límites territoriales, con tal que una vez eje-

cutado no resulte que la persona detenida está bajo la custodia de la autoridad de los Estados Unidos. La Córte ó Juez tiene derecho para inquirir, procediendo así, por qué causa y por qué autoridad el preso está detenido en los límites territoriales de la soberanía del Estado; y es deber del *marshal* ó de la persona que custodia el preso, el hacer conocer al Juez ó Córte en respuesta la órden por la que lo conserva en custodia. Este derecho á inquirir por el *habeas corpus* y el deber del oficial de dar una contestacion, nace necesariamente del carácter complejo de nuestro gobierno, y de la existencia de dos soberanías distintas y separadas dentro del mismo territorio, cada una de ellas restringidas en sus poderes y dentro de la esfera de accion independiente prescrita por la Constitucion de los Estados Unidos. Pero una vez dada la contestacion, y habiendo conocido judicialmente la Córte ó Juez que la parte está detenida por la autoridad de los Estados Unidos, no pueden seguir adelante. Ellos conocen, entónces, que el preso se encuentra bajo el dominio y jurisdiccion de otro gobierno, y que ni el auto de *habeas corpus* ni ningun otro proceso formado por la autoridad del Estado, puede pasar la línea divisoria entre las dos soberanías. El preso está entónces bajo el dominio y esclusiva jurisdiccion de los Estados Unidos: ha cometido una ofensa contra sus leyes, y solamente sus tribunales pueden castigarlo.

« Si está detenido erradamente, sus tribunales judiciales pueden soltarlo y proveer á su vuelta. Y aunque, como hemos dicho, es deber del *marshal*, ó de otra cualquier persona que lo tenga, el hacer conocer la autoridad por cuya órden proceden, es al

mismo tiempo su deber imperioso obedecer el proceso de los Estados Unidos, tener el preso en custodia, y rehusar obediencia á los mandatos ó procesos de otro gobierno; y consiguientemente no entregar ni permitír que sea llevado ante una Córte ó Juez de Estado por un auto de *habeas corpus* dictado por autoridad de un Estado. Ninguna Córte ó Juez de Estado, una vez que tiene los informes bastantes para saber que la parte está detenida por la autoridad de los Estados Unidos, tiene derecho para intervenir, ó requerir, que le sea presentado. Y si la autoridad de un Estado, en forma de un proceso judicial ó de otro modo, pretende limitar al *marshal* ú otro oficial ó agente de los Estados Unidos en la custodia de su preso, tendrán el deber de resistir y pedir el auxilio de la fuerza que sea necesaria para mantener la autoridad contra una intromision ilegal. Ningun proceso judicial, cualquiera que sea su forma, puede tener fuerza alguna legal fuera de los límites de la jurisdiccion de la Córte ó Juez por quien se ha seguido, y la tentativa á hacerlo obligatorio fuera de estos límites, es nada menos que una violencia ilegal.

«No hay nada en esta supremacía del Gobierno General, ó en la jurisdiccion de sus tribunales judiciales, que despierte celos ú ofenda el justo y natural orgullo de la soberanía de Estado. Ni este Gobierno, ni los poderes de que hablamos, pesan sobre los Estados. La Constitucion de los Estados Unidos, con todos los poderes conferidos por ella al Gobierno General, y cedidos por los Estados, fué la obra voluntaria de los pueblos de los varios Estados, deliberadamente hecha para su própia proteccion y seguridad contra la injus-

ticia recíproca. Su ansiedad para conservarla en todo su vigor, con todos sus poderes, y guardarla contra la resistencia ó escusa de sus autoridades, por parte de un Estado, se prueba por la cláusula que requiere que los miembros de la Lejislatura del Estado, y todos los oficiales ejecutivos y judiciales de los varios Estados, (así como los del Gobierno General), se obligaran por juramento ó afirmacion, á sostener esta Constitucion. Esta fué la última y convenida cláusula de la Constitucion, é insertada cuando la base completa del Gobierno, con los poderes antes especificados, fué adoptada por la Convencion; y fué en esta forma y con estos poderes, que la Constitucion se sometió al pueblo de los varios Estados para su consideracion y decision.

« No puede haber ciertamente humillacion para los ciudadanos de una República en someterse á una completa obediencia á las leyes aplicadas por las autoridades constituidas. Por el contrario, ello está entre los primeros y mas altos deberes del ciudadano, porque el gobierno libre no puede existir sin esto. Ni puede ser inconsistente con la dignidad de un Estado soberano observar fielmente y con espíritu de sinceridad y verdad, el pacto en que voluntariamente entró cuando se hizo un Estado de esta Union. Por el contrario, la mas grande demostracion de soberanía es una sinceridad perfecta. Y ciertamente fé alguna puede ser mas deliberada y solemnemente empeñada, que aquella que cada Estado ha contraido para con los otros Estados, de sostener la Constitucion tal como es, en todas sus disposiciones, hasta que sea alterada de la manera como ella misma lo prescribe. El lenguage enfático del compromiso exijido, es *sostener esta Cons-*

titucion. Y ningun poder se encuentra mas claramente conferido por la Constitucion y las leyes de los Estados Unidos, que el poder de esta Córte para decidir, final y completamente, los casos que surjen detales Constitucion y leyes; y trayendo á revision á este objeto, por apelacion, la sentencia de una Córte de Estado, cuando tales cuestiones se han suscitado y el derecho reclamado ha sido negado por el Estado, por el mas alto tribunal. » (1)

VIII

Pero, deslindadas las jurisdicciones respectivas entre las Córtes federales y las Córtes de Estado, es necesario todavía saber cuál es especialmente la autoridad á quien corresponde dictar el auto y cómo lo hace, casos en que corresponde, y requisitos que deben llenarse préviamente.

En el órden nacional, el artículo 20 de la ley de 1863 se limita á decir que es á la Suprema Córte ó, á los Jueces de Seccion á quienes corresponde dictar el auto á instancia del preso ó de sus parientes ó amigos. ¿Podrá cualquiera de los miembros de la Suprema Córte, dictarlo aisladamente siendo requerido?

(1) Ableman v. *Booth and United States*, v. *Booth*, 21 *Howard*, 516.–Véase: la ley de 5 de Febrero de 1867, (14 Stats. 385).—Sergeant, págs. 381 y siguientes.—*Opinion of the Attorneys General*, t. VI, págs. 103 y siguientes; t. XII, pág. 258; t. XIII, pág. 455. — Kent, *Com.* t. II, pág. 30, nota 1.—Paschal, págs. 142 y 145. — Bouvier, *Laws Dict.* verb. *habeas corpus*, nº 9 y siguientes. — Cooley, pág. 429 y nota 2. La Córte Suprema de la Provincia de Buenos Aires en el caso de la prision ordenada por la Cámara de Diputados de la Nacion por desacato, contra Lino de la Torre (hijo), y Anastacio Trenco, sentó esta misma doctrina respecto á su competencia para conocer en dicha prision.

¿Podrá hacerlo originariamente en cualquier caso ó será necesario que se observen las reglas generales de su competencia?

Para los Estados Unidos, la dificultad no podría suscitarse. Tanto la ley de 1789 como la de 1867, han establecido que cada uno de los miembros de la Suprema Córte como de los jueces de las Córtes de distrito tendrán facultad para dictar el auto de *habeas corpus*. (1) Pero el artículo 20 se ha limitado á tomar la primera parte de la Seccion 14 de la ley de 1789, sin entrar en los detalles que esta entra; y entónces la dificultad fácilmente se comprende.

Sin embargo, dado el objeto primordial del auto, sus antecedentes, y debiendo procederse siempre con prontitud, la facultad debiera entenderse con cada uno de los miembros de la Córte, si la reunion de esta no fuera posible inmediatamente, ó por lo menos con su Presidente, tomando el auto como una de esas providencias que él está autorizado á tomar para preparar las resoluciones de la Córte. De otro modo, podría quedar burlada la garantía que la ley y la Constitucion han querido tomar á fin de evitar que un individuo pueda estar detenido sin encontrarse ante su juez y reclamar un pronto juicio.

Pero ya corresponda siempre á la Córte, funcionando como tal, ya á cualquiera de sus miembros, ¿podrá serlo en cualquier caso con jurisdiccion originaria ó deberá establecer su competencia segun las reglas generales?

La legislacion de los Estados Unidos nada resuelve

(1) *Statutes at large*, t. I, pág. 81; t. XIV, pág. 385. — *Revised Statutes of the United States*, pág. 142. — *Ex parte Bollman and ex parte Stuartwout*, 4 Cranch, 75.

á su respecto, pero su Córte Suprema ha hecho ya jurisprudencia por diferentes decisiones. En 1807 Marshal, Presidente de la Córte, daba la opinion de esta, (1) y en 1844, Story decía tambien en nombre de aquella: «La Constitucion de los Estados Unidos solo ha dado jurisdiccion originaria á esta Córte en todos los casos que afectan á embajadores, otros ministros públicos y cónsules, y á aquellos en que un Estado sea parte. El presente caso no se encuentra comprendido en estos. Es el caso de un individuo estrangero y otro ciudadano de Nueva York. Es claro entónces que la Córte no tiene jurisdiccion originaria en la peticion deducida, y no podemos dictar un auto de *habeas corpus,* sinó cuando él es necesario para el ejercicio de la jurisdiccion original ó apelada, dada por la Constitucion ó leyes de los Estados Unidos». (2)

Entre nosotros, el artículo 101 de la Constitucion ha establecido los casos en que la Córte hace jurisdiccion originaria y fuera de ellos no pueden existir, aunque una ley del Congreso lo determine. (3) ¿La ha dado acaso, el artículo 20 de la ley de 1863?

Este artículo dice que tanto la Córte Suprema como los Juzgados de Seccion podrán dictar el auto de *habeas corpus,* y si bien no especifica los casos en que corresponda á una ó á los otros, deben aplicarse para resolverlo, las reglas generales de competencia. Así,

(1) *Ex parte Bollman and ex parte Swartwout,* 4 Cranch, 75. (Curtis, t. II, pág. 23).

(2) *Ex parte Barry, 2 Howard,* 65. (Curtis, t. XV, pág. 34).

(3) Esto fué espresamente resuelto en los Estados Unidos, y es la doctrina que corresponde á nuestra disposicion constitucional que es la misma de la Constitucion americana. Marbury, v. *Madison,* 1 Cranch, 137. (Curtis, t. I, pág. 386.)

corresponderá á la Córte por apelacion ú originariamente en los casos en que puede conocer originariamente ó por apelacion, de modo que no podrá lo primero cuando la instancia ha debido empezar ante los jueces inferiores.

Si la ley no puede dar á los tribunales Nacionales mayor competencia que aquella que la misma Constitucion les determina, tampoco puede variar el órden de esa competencia, por mas que la pueda restrinjir. Y el artículo 20 debe interpretarse en este sentido. (1)

¿Sucede lo mismo con las prescripciones constitucionales de la Provincia de Buenos Aires, y las de las demás provincias que son concordantes con aquella? Limitándonos á la Provincia de Buenos Aires, creemos que no son de aplicarse las mismas doctrinas, dadas sus disposiciones.

Si bien existe en la Constitucion el deslinde de las atribuciones, y la Córte Suprema tiene casos de competencia originaria y de apelacion, esta distribucion no obedece á los mismos principios que la de los tribunales federales; y fuera de los artículos que la establecen se encuentran artículos espresos y generales en sus términos.

Segun el artículo 156 se ejercita por la Córte la jurisdiccion orijinaria y por apelacion, para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad é inconstitucionalidad de leyes, decretos ó reglamentos sobre materias rejidas por la Constitucion; orijinaria y es-

(1) La Córte Suprema Nacional solo ha ejercido su jurisdiccion orijinaria invocando el artículo 20, en el caso del Coronel Rodriguez preso, segun se afirmaba por órden del Poder Ejecutivo de la Nacion (*Fallos*, t. I, pág. 345): y en el de Lino de la Torre, preso por órden de la Cámara de Diputados Nacionales, (*Fallos*, t. X, pág. 231, 2ª série).

clusivamente en las cuestiones de competencia entre los Poderes Públicos de la Provincia (1), y en las que se susciten entre los Tribunales de Justicia con motivo de su jurisdiccion respectiva; orijinaria en las causas contencioso-administrativas; en apelacion en los recursos de fuerza; causas en que se imponga la pena capital, al solo efecto de decidir si la ley en que se funda la sentencia es ó no aplicable, y en las demás causas sobre la aplicabilidad de la ley en que Tribunales en última instancia fundan su sentencia.

Pero el artículo 17 que se refiere especialmente al *habeas corpus*, establece la obligacion de dictarlo á « *todo juez*, aunque lo sea en un Tribunal Colejiado »; y en estos términos se comprenden no solo los de las Cámaras de Apelaciones, sinó los de la Córte misma, que es tambien un tribunal colejiado.

No es, pues, una ley la que dá esta competencia, es la misma Constitucion que la establece; y entónces la doctrina aplicable á los tribunales federales no es de aplicarse á los tribunales de la Provincia, ó mas bien á su Córte Suprema.

En cuanto á los casos en que puede dictarse el *habeàs corpus*, la naturaleza del recurso y su objeto los determinan. Si este auto tiene por objeto el impedir toda prision ilegal, tendrá que ejercitarse siempre que exista esta, con arreglo á las disposiciones legales, ya sea en el órden político ó puramente privado. (2)

(1) Habiéndose puesto en cuestion está prescripcion en tanto se debia aplicar ó no á los conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Lejislativo, la Córte resolvió por la afirmativa. *Sentencias y acuerdos*, t. V, pág. 73.

(2) Artículos 279 y siguientes del *Código Penal*. — KENT, *Com.* t. II, pág. 32. — LIVINGSTON, *Report on the plan of a penal Code.* — *Revised Statutes of New York*, t. III, págs. 882 á 894. — *Memoria del Ministro de Gobierno de*

Sin embargo, se esceptuan los casos siguientes á la regla general : que solo son legales las detenciones ordenadas por las autoridades judiciales:

1° Cuando la prision fuera decretada por las Cámaras en ejercicio de los privilegios que se les reconocen; (1)

2° Cuando lo fuere por el Poder Ejecutivo, habiéndose declarado el estado de sitio, ó fuera la consecuencia de un tratado con un nacion estrangera; (2)

3° Cuando fuere un prisionero de guerra y permaneciese en el buque en puerto neutral, ó en el territorio mismo si no hubiera algun arreglo especial entre las autoridades políticas del beligerante y el poder neutral; (3)

4° Cuando si bien existiere una órden de prision y se quisiera discutir su legalidad, esa órden no se hubiere hecho efectiva, y el individuo no estuviere detenido. (4)

Bajo el punto de vista de la Constitucion de los Estados Unidos, se ha discutido si el Presidente de la República debe ó no obedecer un auto de *habeas corpus* á favor de un indivíduo detenido en caso de guerra, así como tambien sobre la facultad de suspender completamente el ejercicio de tal derecho por parte de los particulares. (5) Escusamos su discusion, porque estos

la Provincia en 1873. — *Proyecto de ley sobre procedimientos judiciales*, redactado por el Dr. F. Gonzalez.

(1) Córte Suprema Nacional, *Fallos*, t. X, pág. 231.

(2) Artículo 23 *Constitucion Nacional*. — *Opinions of Altorneys General*, t. VI, pág. 91. — *Fallos de la Córte Suprema Nacional*, t. IX, pág. 382, 1ª série.

(3) *Opinions of Altorneys General*, t. X, pág. 122.

(4) *Fallos de la Suprema Córte Nacional*, t. X, pág. 191.

(5) Puede consultarse: Story, t. II, pág. 207, nº 1342. — Pomeroy, págs.

puntos quedarán resueltos implícita ó espresamente al estudiar la lejislacion y la doctrina sobre el estado de sitio, en nuestro sistema constitucional.

473, 475 y 538. — PASCHAL, pág. 148. — *Opinions of Attorneys General*, t. X, pág. 74. *Ex parte Milligan* 4, *Wallace*, 2. — *Fallos de la Córte Suprema Nacional*, t. I, pág. 382. — ERSKINE MAY, t. II, págs. 205 y siguientes. — B. CONSTANT, t. I, págs. 386 y 473. — *Dictionnaire politique*, verb. *Habeas Corpus*. — BLOCK, *Dictionnaire politique*, verb. *Habeas Corpus*.

CAPÍTULO IV

LA LEY MILITAR Y LA LEY MARCIAL

SECCION 1ª

LA LEY MILITAR

I

El derecho internacional, en su actual existencia y aun en la tendencia que le imprimen las evoluciones sucesivas del progreso, no presenta la guerra como el primer y único medio de solucion á los conflictos de las Naciones. Reconoce una situacion transitoria que se manifiesta desde los primeros momentos, y busca en los medios conciliatorios primero, y en los coercitivos despues, la manera de detener la guerra que, comprometiendo intereses propios y estraños, fia á la suerte de las armas su decision.

Pero estos medios, sea cual fuere la crítica á que se prestan, no siempre consiguen el resultado que se espera de su empleo, porque comprometidos intereses de honor, ó tratándose de naciones igualmente fuertes, es difícil conseguir la satisfaccion del derecho herido ó la sumision á la pretension desenvuelta con mas ó menos habilidad.

La guerra entónces se presenta como única y última solucion al conflicto. ¿Cómo conseguirlo de otro modo? ¿Como defenderse de los ataques que se dirijen; dónde buscar la justicia; cómo hacer efectiva la independencia y autonomía nacionales amenazadas?

El particular ofendido, aquel que ha sido herido en su persona ó en sus bienes, busca en los tribunales la reparacion de la injuria; su propio interés y el de la sociedad á que está vinculado por estrechos lazos, encuentran una garantía eficaz en la aplicacion de la justicia por uno de los altos poderes constituidos, y en los conflictos que nacen de sus mútuas relaciones, siente limitada en su provecho su indepedencia sin menoscabo de los derechos que le pertenecen, porque en eso consiste precisamente el gran secreto de la armonía social.

Pero algo diferente sucede con las naciones: en un estado completo de independencia, no reconocen sobre la tierra poder alguno superior con autoridad bastante para juzgar sus diferencias, para la reparacion de la injuria; y en esta independencia, en esta ausencia de un juez comun, tiene que hacer de la fuerza el medio de rechazar la agresion ó de iniciar el ataque; y la guerra se presenta en el supremo momento como un derecho fundado en la ley primitiva, y como un deber reclamado por la conservacion de los atributos mas esenciales para su existencia como Nacion.

Las naciones, dice Hautefeuille, segun las reglas del derecho primitivo, es decir, segun la voluntad del creador, viven en un estado completo de independencia, las unas respecto á las otras: no tienen ni pueden tener otra regla de conducta que la ley divina. Ellas no reconocen sobre la tierra ningun

poder superior, ninguna autoridad soberana capaz de apreciar sus pretensiones, de juzgar sus diferencias, de imponer, á una, la reparacion de la injuria, á otra, el olvido, el perdon de la ofensa; y de aquí resulta que una nacion que cree tener un motivo de queja contra otra no puede obtener la satisfaccion de las reclamaciones sinó por una demanda directa; no puede obligar á su adversario á acordársela sinó por el empleo de la fuerza; no puede contar sinó consigo misma para hacerse restituir lo que cree pertenecerle; para rechazar la agresion dirijida contra ella, para defender sus posesiones. Tiene, pues, el derecho de rechazar la injuria, de defenderse y aun de atacar; en una palabra, el derecho de hacer la guerra. (1)

No necesitamos, pues, examinar si la guerra es moral, si sus resultados son ó no benéficos para los pueblos que la emprenden, si es ó no la revelacion de las ideas, la fuente de la poesía, toda inspiracion divina, como afirma Proudhon: (2) su discusion para nosotros está fuera de lugar, y cualquiera que fuese la consecuencia que de ella naciera, en nada modificaría el hecho que la ausencia de un tribunal internacional hace necesario, obligando á las naciones, *litem suam facere*, como dicen los civilistas, ó de acuerdo con la espresion inglesa *To take the law in their own hands.* (3)

(1) *Droits des neutres*, t. I, pág. 97. — Véase tambien: Wheaton, *Elements*, t. I, pág 274. — Kluber, § 282. — Cauchy, *Droit maritime*, t. I, pág. 270. — Calvo, t. II, pág. 5.

(2) Véase: Franck, *Droit de la nature et des gens. (Revue des cours littéraires*, 1864, pág. 2). — Seeley, *Revue* cit. 1871-1872, pág. 349. — *Revue contemporaine*, 1868, págs. 661 y 662.

(3) Phillimore, *International law*, t. III, pág. 82.

¿Quién no haría votos por la desaparicion de la guerra, dice Prévost-Paradol? ¿Quién no se felicitaría de ver inaugurar entre las Naciones una justicia arbitral, cuyas decisiones respetadas terminarian las diferencias de los Estados y mantendrían entre sí la paz, como los tribunales lo hacen entre los hombres? Pero como en despecho de esperanzas siempre renacientes, y siempre decaidas, la institucion de una justicia internacional no parece próxima; como los fuertes no cesan de amenazar la existencia de los débiles, y una vez devorados los débiles de amenazarse entre sí; como las repúblicas no son menos belicosas que las monarquías; como las Naciones jóvenes son ambiciosas, y tienen confianza en el porvenir; y las Naciones viejas orgullosas de su pasado y apegadas á su grandeza; como, en fin, no se ha descubierto otro medio que el equilibrio para mantener la existencia independiente de estas personas libres que se llaman Naciones, y garantir el género humano contra el flajelo y el envilecimiento de las monarquías universales; y como el equilibrio no puede subsistir sinó por un cierto balance de fuerzas que una vez turbado no puede restablecerse sinó por la guerra, es menester someterse á la necesidad, y sin amar la guerra, sin cesar de evitarla con todas nuestras fuerzas y de esperar aún que algun dia vendrá á ser inútil, es conveniente guardarse de desacreditarla demasiado en la opinion de los hombres, y por declaraciones vanas, y por comparaciones injuriosas, hacer los pueblos incapaces de soportar los males, y de comprender su triste grandeza. (1)

(1) *La France nouvelle*, págs. 258 y 259.

Y á la verdad, no se puede afirmar sin hacer un razonamiento estraviado, que la destruccion y la muerte de los pueblos sea un elemento de civilizacion y que no deba mirarse con repulsion marcada; como no puede afirmarse que los combates singulares, que el golpe del mas fuerte ó del mas diestro, sea la espresion de la justicia en la defensa de los derechos comprometidos. No existe otro medio de defender su independencia y su autonomía: los que hasta hoy se han puesto en práctica no han podido evitarla, y el arbitraje mismo que todos los publicistas estudian, no podrá nunca servir segun su misma opinion, para derimir toda clase de cuestiones, como aquellas en que se encuentran comprometidos intereses cuya satisfaccion no ha podido ser negada, bajo cualquier punto de vista que se les examine. La guerra, pues, será una necesidad, ya en las relaciones internacionales, en caso de resistencia para hacer efectivas las sentencias mismas del tribunal á quien han sido sometidos los conflictos; ya en las relaciones internas de las Naciones, cuya organizacion incompleta, no puede escapar á las eventualidades de una revolucion, sedicion ó rebelion, cuya decision depende del resultado de una lucha á mano armada; y se está mejor en el dominio de la realidad, segun Halschner, proponiéndose llegar á un estado de paz, en que la guerra sea verdaderamente la *última ratio,* el remedio estremo, y no como frecuentemente sucede, el primer remedio á que recurre un Estado en lucha con otro Estado.

II

Sin embargo, si la guerra es una necesidad en la situacion respectiva de las naciones, y si no es posible suprimirla, no debemos olvidar tampoco que ella no puede ser el estado normal de los pueblos, como escepcion á las relaciones pacíficas, que son y deben ser la regla, y que su regularizacion es necesaria. ¿Cómo conseguirlo? ¿Cómo hacer de la guerra el instrumento de una paz mas duradera y mas sólida? Dominando la fuerza, y los malos instintos que las ajitaciones hacen nacer, por medio del derecho: aplicando las leyes y costumbres que el tiempo y el uso han consagrado entre los pueblos civilizados.

La guerra, ha dicho Bluntschli, (1) ajitando íntimamente las naciones, despertando los instintos adormecidos ó apaciguados, desencadena al mismo tiempo la brutalidad original que se encuentra en el fondo de la naturaleza humana. Sin duda largos siglos de cultura han templado esta bestialidad natural, y apaciguado el ardor; pero la guerra es para el hombre, á la vez, una ocasion de desplegar sus mas altas cualidades, y un teatro para sus pasiones mas salvajes. He ahí por qué es necesario que el derecho intervenga tambien en la guerra, y que por su autoridad poderosa dome la bestia humana, y la domestique: he ahí por qué es menester, aun en estos desórdenes sangrientos dar una parte, las mas grande posible, al derecho, que no pertenece á ningun partido, y que obliga á la

(1) *Du Droit international.* Discurso pronunciado en la Universidad de Hidelberg. *Revue des Cours litteraires,* 1871-1872, pág. 632.

pasion misma á respetar las leyes sublimes de la humanidad.

La guerra, pues, no es simplemente el predominio de la fuerza en sus brutales manifestaciones: el derecho, leyes precisas le fijan su derrotero, tomando en parte por fuente de sus disposiciones los dos principios que dominan aquellas en su conjunto: el principio de la *necesidad*, es decir la lejitimidad, salvo las prohibiciones reconocidas por los usos y los tratados, de toda medida indispensable para realizar el triunfo del belijerante que recurre á ella; el de *humanidad*, segun el cual haciéndose la guerra entre Estados, no debe estenderse á las poblaciones pacíficas, es decir, que aparte de las escepciones admitidas por los usos y tratados, ningun atentado á la persona ó á la propiedad ó á las bienes de un particular enemigo es justificable, si no se funda en un acto personal de hostilidad por su parte. (1) No es cierto, pues, que las leyes callen ante la guerra, segun el viejo adajio *inter arma silent leges*: las armas imponen silencio á las leyes, como lo esplica Grotius, pero solamente á las leyes civiles, á aquellas que se refieren á los tribunales, leyes ordinarias del procedimiento y del *forum*, que son hechas por los hombres para los tiempos de calma, pero no á aquellas que son perpétuas y convienen á todos los tiempos, leyes inmutables que hechas por Dios mismo, han sido gravadas en el corazon de todos los seres intelijentes. (2)

Existen, pues, principios naturales del derecho de la guerra, límites impuestos por el derecho á la

(1) Véase JACQUEMIN, *Revue de Droit international*, 1872, págs. 509 y 514.

(2) *Droit de la guerre et de la paix*, t. I. Prolegom, nº 26, pág. 28. — v. CAUCHY, *Le Droit maritime*, t. I, pág. 20. — MORIN, t. I, pág. 37.

guerra, sea cual fuese el antagonismo que se quiere presentar entre la idea del uno, y la idea de la otra. Si el estado de paz tiene sus leyes; si el duelo, la guerra privada, obedeció antes á reglas determinadas, y hasta reconoció sus tribunales especiales, y obedece hoy mismo á consideraciones que se reputan de honor, no es posible desconocer que la guerra pública en que se encuentran envueltos los mas sagrados intereses sociales, debe obedecer tambien á leyes cuya violacion pueda tener su sancion, sinó en la penalidad ordinaria en la reprobacion de los pueblos civilizados, en la opinion pública, esa dominadora del mundo, como la llama Pradier-Foderé imitando á Pascal, mas grande que los mas grandes capitanes, y mas formidable que los millones de soldados en línea de batalla. (1)

¿Pero qué se entiende por *leyes de la guerra?* Si no se consultase sinó los militares, dice Morin, aquellos que colocan la fuerza arriba del derecho cuando están en la guerra, pareceria que se debiera entender por esto las licencias de la fuerza regular convertida en dominante, en lugar de ser obediente como en tiempos de paz; y este es el sentido aparente de las espresiones en muchos escritos favorables al militarismo, como en ciertos reglamentos para los ejércitos, donde se encuentra siempre la amenaza de aplicacion de las leyes de la guerra. Tambien habia tanta ironía como tendencia á la mitigacion, en el espíritu de Montesquieu, diciendo que estas leyes son el «código del homicidio»; crítica rechazada por Voltaire, que iba hasta

(1) *Examen de les lois relatives à la guerre* de Morin, por PRADIER FODÉRÉ. — *Revue de Droit international*, 1872, págs. 550 y siguientes. — BERCHER. *Les principes naturels du Droit de la guerre*. Rev. cit. págs. 381 y siguientes. — FIORE, t. II, pág. 235. — HEFTER, pág. 225.

decir que era el « Código del asesinato». En realidad, la calificacion indica el conjunto de reglas de derecho *(vinculum juris)*, que soporta el uso permitido de la fuerza ó de sus medios para dañar al enemigo, leyes ó reglas adoptadas por los pueblos y consagradas por la costumbre internacional, que en seguida son generalmente reconocidas tener fuerza obligatoria, al menos en el juicio de la opinion, la reina del mundo, segun la feliz espresion de Pascal. Así, pues, cuando se dice que se aplicarán las leyes de la guerra, es por oposicion á la lejislacion nacional de uno de los beligerantes, y subentendiendo los temperamentos que presenta el derecho internacional, el que dominándolas, opera una especie de identificacion. (1)

III

Pero si la guerra es una necesidad estrema que no es posible evitar en el estado actual de las relaciones internacionales, y si en el órden interno de las naciones pueden producirse trastornos mas ó ménos violentos que comprometan su estabilidad y organizacion armónica, es necesario estar prevenidos para evitarla ó contrarrestarla por medio de una fuerza suficiente que preste todas las garantías indispensables, porque allí donde falta la fuerza pública, la fuerza legal organizada, apenas se puede decir que existe órden social: en el interior, por la conservacion de la tranquilidad pública y la necesidad de impedir en el momento opor-

(1) *Les lois relatives à la guerre*, t. I, pág. 37. — Véase tambien: RENOUARD, *Le droit prime la force*. *Journal des Economistes*, 1872, t. XXVIII, págs. 273 y siguientes.

tuno las asechanzas de los elementos disolventes, que buscan en la revuelta y en el desórden el medio de medrar; en el esterior, por el mantenimiento de la independencia, condicion de la personalidad internacional en el organismo de su comunidad, del lejítimo derecho de la nacion con todos y contra todos. (1)

Seguridad interior, pues, y seguridad esterior; pero hay una diferencia capital entre estos dos fines de la defensa pública. La primera puede mantenerse si los instrumentos de fuerza están bien organizados, cualquiera que sea la estension ó poblacion del país, desde que las mayorías tendrán siempre los medios de contener los desmanes de las minorías: la relacion en este caso está entre la masa de los ciudadanos que quieren la paz pública, y los que estraviados quisieran turbarla. La segunda no obedece á las mismas reglas; y la relacion está entre la fuerza de un Estado, y la de los Estados que pretenden atacarla.

Así, bajo esta última relacion, ¿qué son los Estados débiles, desarmados, incapaces de grandes esfuerzos, cuando se encuentran en contacto con las grandes y poderosas Naciones? ¿Qué seguridad hay para estos Estados? Los Estados débiles son sin duda Estados, tienen el nombre, como dice Rossi, tienen prerogativas esteriores, pero están condenados necesariamente, á

(1) Ningun Estado es libre y feliz, decia la Junta en una órden del dia de 6 de Setiembre de 1811, sin una fuerza efectiva. En el seno mismo de la paz alimentan los Estados el fuego oculto de la discordia, siempre pronto á manifestarse al primer soplo que la anime. Sus intereses complicados, sus pretensiones opuestas, sus deseos de engrandecerse son otros tantos motivos que los arman unos contra otros. La justicia considerada como virtud moral es en la práctica un título vano, desde que por desgracia puede violarse impúnemente. La fuerza es la única medida de sus derechos. *Registro Oficial de la República Argentina*, t. I, pág. 116.

esplotar con destreza, se podria casi decir, con engaño, las rivalidades y los celos de los vecinos, desde que para ellos es una escusa su debilidad; pero su vida es efímera, viven del contraste de las fuerzas vecinas, mientras que á las Naciones fuertes las rodea el respeto y la consideracion, y si las armas les son adversas, no se les impone una infamia, aunque los trofeos de la victoria coronen sus esfuerzos. (1)

Ningun Estado escapa ni puede escapar á esta necesidad, desde que es su obligacion mantener el órden en el interior, y su independencia y su autonomía en el esterior: la cuestion de la fuerza pública es una cuestion de existencia para la nacion, en tanto esa fuerza se encuentra á su disposicion y no se distrae en intereses de otro órden ó se vuelven contra los mismos fines que su establecimiento quizo realizar. ¿Cómo evitarlo? ¿Qué límites debe fijársele? ¿Cuál será la organizacion que mas convenga para impedir que el pueblo desarmado sea la primera victima del poder que ha confiado? ¿Cómo combinar la organizacion de esta gran fuerza pública sin que inspire temores á aquellos que debe protejer, sin que se convierta en un instrumento de tiranía, ella que debia ser la éjida de la libertad?

La fuerza pública debe ser proporcionada al fin á que tiene que responder, y costituirse con una organizacion capaz de hacer sentir en sí misma los males que puede producir. Todo esceso en la fuerza pública es lo que los economistas llaman un trabajo improductivo, porque el gasto que impone no se manifiesta en un producto que se presenta sin él, y en vez

(1) Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, t. II, pág. 142.

de ser una cooperacion indirecta á la produccion nacional, por la seguridad que proporciona, es un gravámen que destruye sus fuerzas mas vitales. La falta de organizacion, ó mala organizacion, es la anarquía y es la destruccion próxima ó lejana de todo vínculo social, de la libertad política y civil.

Esto lo han comprendido todos los pueblos (1) en sus manifestaciones sucesivas, y en la forma que la libertad política les ha permitido; y en la Inglaterra, la Suiza y en los Estados Unidos, donde se puede estudiar mejor, porque todo ello, ó ha sido conquistas graduales en las luchas de los pueblos contra los soberanos, ó ha sido la aplicacion de esas conquistas en las formas constitucionales, para aprovechar sus lecciones en las organizaciones libres.

IV

La Inglaterra ha tenido la fuerza militar dividida entre los ejércitos permanentes y las milicias, como la tiene hasta hoy, pero unos y otros han gozado de diferente proteccion y han sido objeto de prevenciones y disposiciones diversas por parte de los parlamentos y de los reyes.

(1) La fuerza pública bajo la forma de tropas militares con carácter permanente no es sin duda de organizacion moderna. Los griegos de la tierra firme é islas ofrecian sus servicios á los sátrapas del Asia. En Roma la guerra permanente y la corrupcion del ciudadano dejan al soldado su defensa, y soldado y ciudadano desaparecen en la invasion de los Bárbaros. Los ejércitos feudales de la Edad Media duran un término limitado; pero las nuevas guerras que siguen á esta época vuelven á los ejércitos permanentes, que la Francia organiza definitivamente bajo Cárlos VII y Francisco I, estendiéndose por toda la Europa, como necesario para la defensa. Véase Block. *Dictionnaire politique*, verb., *armée*. — Garnier Pagés, *Dictionnaire politique*, verb., *armée*.

En un principio la fuerza militar no tenia existencia permanente, una vez que solo se ocurria á ella en tiempo de guerra, sobre todo, en tanto se destinaba á la defensa del rey y de la Nacion en el esterior. Se componia de los vasallos, limitados á un servicio de cuarenta dias que no se podia estender sinó con su consentimiento y á vista del rey, de modo que su concurso se hacia inútil en las guerras continentales.

Bajo Eduardo I y Eduardo II se presentan ejemplos de proclamacion por los *sheriffs*, ó de comisiones para reclutar soldados al servicio del rey; pero considerándose vejatorias estas medidas y violatorias de las garantías de la Magna Carta, Eduardo III, á indicacion del Parlamento que creía el servicio ilegal, dictó un estatuto, declarando que este se debia hacer únicamente como en tiempos anteriores, pudiendo serlo fuera del reino tan solo en caso de invasion por enemigos estrangeros, estatuto que si bien detuvo las convenciones arbitrarias, fué burlado por el mismo rey, poniendo al Parlamento en el caso de dictar una disposicion estableciendo que nadie que estuviera obligado á servir en razon de la tierra, no podria serlo sinó por su órden y acuerdo.

Reunidos estos dos estatutos por Enrique IV fueron desconocidos mas tarde por Enrique VIII é Isabel, que forzaron á los condados á dar soldados, haciendo obligatorio el servicio militar como prerogativa de la corona; y por María y Felipe que aprobaron estas medidas. Pero Enrique VII fué el primero que en 1485 formó una guardia permanente para su persona, conservando algunos destacamentos para la defensa de determinadas plazas fuertes.

Declarado prerogativa de la Corona el mando de todas las fuerzas reunidas ó por reunir, Cárlos II en 1663 formó el primer ejército permanente, que sostuvo con los subsidios de Luis XIV, siendo tambien el primer rey que abrió su parlamento bajo la proteccion de la espada. El número varió siempre, aumentando bajo Jacobo II, y llegando bajo Guillermo III á 90.000 hombres, reunidos por su propia autoridad. (1)

Pero como la creacion de este ejército no habia sido autorizada por el Parlamento, este sometió el asunto á sus deliberaciones, una vez que el país se encontraba tranquilo, y que la declaracion de derechos consideraba aquello como ilegítimo.

La controversia se inició entre los escritores y el Parlamento, sobre los peligros ó conveniencias de mantener ejércitos permanentes, y desde los ejemplos de la historia de las repúblicas antiguas y de la edad media, hasta las tradiciones de los partidos del Estado, fueron presentados en apoyo de las respectivas opiniones.

El conflicto literario tuvo muchos campeones, no entre el partido *tory*, sinó entre fracciones del partido *whig*. Bajo el anónimo, siempre se pudo discutir por parte de los descontentos á Frenchard, y por la de los ministeriales á Sommer, de admirable vigor y vivacidad de inteligencia, y de no menos admirable moderacion y urbanidad, como dice Macaulay, el que en un pequeño tratado titulado *Carta de equilibrio*,

(1) HALLAM, *Hist. Const.*, t. II, pág. 404; t. III, pág. 41; t. IV, pág. 327, y t. V, pág. 90. — FRANQUEVILLE, pág. 547. — RUSSELL, pág. 242. — MENCHE DE LOISNE, *Le gouvernement et la constitution britanniques*, pág. 289. — BLACKSTONE, lib. 1°, cap. XIII. — FISCHEL, t. I, págs. 290 y siguientes.

discutió hábilmente y siguiendo todos los argumentos hechos, el mal de tener un ejército regular, y el mal de no tenerlo.

Mientras que esto sucedia, el Parlamento entró en sesion, y el rey hacia presente en su mensaje la necesidad de mantener un ejército permanente. Esta indicacion fué tomada en consideracion, el 10 de Diciembre, y despues de largas discusiones, triunfó la proposicion de Harley, que si bien aceptaba el ejército permanente, lo reducía á la cifra que tenia en 1680, cifra que debia reducirse mas tarde á siete mil hombres por un *bill* especial, que obligaria tambien á Guillermo, no obstante sus esfuerzos repetidos, á deshacerse de su guardia holandesa que habia combatido en las batallas al lado de los ingleses y contribuido á la situacion creada (1).

Desde entónces la cuestion quedó resuelta, y la Inglaterra, el pueblo libre y de los ódios contra los ejércitos permanentes, los vió aumentar sucesivamente segun sus necesidades, teniendo como garantías: su sumision al poder civil, el *mutiny bill*, que votándose cada año obliga á reunir el Parlamento tambien anualmente, y que gasto alguno pueda hacerse á este objeto sin que sea votado por él. Esta tambien es su situacion hoy, componiéndose el ejército de voluntarios, y no por el servicio obligatorio como casi todos los pueblos de la Europa han aceptado. (2)

(1) Macaulay, *Hist. de Guillermo III*, trad. de A. Pichot, t. IV, págs. 7 y siguientes, y 162 y siguientes.—Russell, pág. 245. — Menche de Loisne, pág. 293.— Fischel, t. I, pág. 294.

(2) Franqueville, pág. 355. —Menche de Loisne, pág. 296.—Russell, pág. 251.—Fischel, t. I, págs. 300 y siguientes.

Los Estados Unidos heredaron de la Inglaterra sus prevenciones contra los ejércitos permanentes, y son una prueba de ello las prescripciones constitucionales á su respecto y los antecedentes que las motivaron.

Despues de la esperiencia adquirida en la guerra de la independencia, no era posible sostener con éxito que un Estado pudiera mantener su independencia y el órden público en el interior, sin un núcleo de fuerza bastante, como para servir de punto de apoyo siquiera en cualquier emerjencia en que fuera necesario recurrir á las milicias. Si algo se habia notado perfectamente, era la necesidad de la concentracion del mando, de una organizacion uniforme y ajustada á su objeto, y de una fuerza bastante disciplinada como para oponer á la que debian combatir; y hubiera sido ridículo persistir en lo que se habia llegado á conocer que era un error de graves consecuencias.

Así, cuando se trató de organizar la nacion, los convencionales no lo olvidaron, y proyectaron lo que es hoy el inciso 12, seccion 8ª, artículo 1°, en su primera parte, que establece que corresponde al Congreso «levantar tropas y mantenerlas», agregando despues, como una limitacion, y á fin de impedir el abuso, ya que no se habia aceptado poner una restriccion en el número, la segunda parte «pero no se destinará dinero con ese objeto por un término que esceda de dos años». (1)

Sin embargo, la discusion no dejó de promoverse con los mismos argumentos que habian servido á sus

(1) Véase CURTIS, *Historia de la Constitucion*, pág. 298, traduccion de CANTILO.

promotores en Inglaterra (1); pero si la necesidad de un ejército permanente reunió la mayoría de votos á su favor, lo fué, sin duda, siguiendo los antecedentes ingleses.

En Inglaterra se habia establecido que la formacion del ejército dependia del Parlamento buscando una garantía contra el abuso por parte de la corona, pues representando aquel al pueblo inglés, que era el que podia ser oprimido por la fuerza, cuya direccion correspondia al rey, él debia tener en sus manos su mantenimiento; y en todo caso para evitar el aumento escesivo en el número y la permanencia fuera de ciertos límites, se establecía que la renta para sostenerlo, no alcanzaría sinó para un año. En Estados Unidos se repitió la prescripcion dando al Congreso la facultad, pero destinando las rentas por dos años, tiempo que coincidia con la renovacion de la Cámara de Diputados, la que manifestaría la voluntad del pueblo á su respecto. (2)

Los Estados Unidos, pues, desde los primeros tiempos de su independencia tuvieron un ejército regular. En pequeño número al principio, ha aumentado sucesivamente, y en la actualidad no puede decirse que sea escesivo desde que para una poblacion de cuarenta millones apenas tiene veinte y cinco mil soldados.

En su formacion ha seguido el sistema de Inglaterra: se forma por el alistamiento voluntario. Solo durante la guerra de secesion de 1861 se recurrió en

(1) *El Federalista*, nº XXI á XXXV. trad. de CANTILO.—ELLIOT, *Debates*, t. II.

(2) STORY, t. II, § 1178 á 1192. — POMEROY, § 460 á 465. — BATEMAN, § 235 á 238. — LABOULAYE, t. III, pág. 425.

1863 á la conscripcion como medida general; y es curioso examinar los argumentos que se hicieron á su respecto, estudiando la medida bajo el punto de vista de las prescripciones constitucionales. (1)

La Suiza tuvo casi siempre el servicio militar obligatorio, siguiendo las tradiciones germánicas, siendo al principio el derecho de voto un correlativo de este servicio, aunque esto ha desaparecido por las nuevas organizaciones.

La Constitucion de 1874, ha prohibido á la Confederacion tener un ejército permanente, y á los Cantones, fuera de su gendarmería, no les permite tener mas de trescientos hombres, sin autorizacion de los poderes federales (art. 13). Pero la consecuencia de este principio es el servicio obligatorio, que la administracion tiende á disminuir con escepciones sucesivas, á fin de aliviar las cargas que impone al Estado (art. 18 y siguientes). (2)

Para la República Argentina, el ejército permanente no ha sido, ni es una novedad. Con la guerra de la Independencia, inició por su cuenta un ejército regular, habiéndolo tenido hasta entónces la España. (3) La Constitucion de 1853 puede decirse que lo en-

(1) Véase: POMEROY, § 477 á 483, que espone toda la materia y discute los fundamentos alegados á favor y en contra, así como los casos ocurridos en las Cortes de los Estados, sin que haya llegado á pronunciarse la Corte Suprema. — STORY, *by* COOLEY, nota I, § 1192. — PARSON, *The personal and property rights of a citizen of the United States*, pág. 189. — BUMPS, página 89.

(2) DUBS, *Le Droit public de la Confédération Suisse*, t. II, pág. 286 y siguientes.

(3) La España dió á su fuerza militar una organizacion permanente en los siglos XV y XVI. Desde entonces lo tiene y hoy ha decretado el servicio general obligatorio. — Véase PY Y MARGAL, pág. 338. — CALVO, t. II, pág. 112.

contró formado, (1) despues de la batalla que concluyó con el gobierno de Rosas, y las diferencias que establecen sus prescripciones (2) en esta parte con su modelo de los Estados Unidos, muestran bien claro que no se habia temido ni se temia la conservacion de tropas regulares en los tiempos de paz.

La ley de 28 de Setiembre de 1872, estableció definitivamente la manera cómo se debia formar el ejército de línea; y su artículo 1° dice, que él será reclutado por alistamientos voluntarios, por enganchados y destinados, y en caso de insuficiencia por contingentes. Estos tres medios se reglamentan, pero es sabido que hasta hoy solo han servido los dos primeros, no habiendo llegado el caso de utilizar el último, que sin duda ha de ofrecer resistencias y sérios inconvenientes en la práctica.

V

Respecto á las milicias que forman parte de la fuerza pública, todos los paises que hemos recorrido tienen tambien sus especialidades.

En Inglaterra desde tiempos remotos, la milicia ha

(1) El inciso 23 del artículo 67, coloca entre las facultades del Congreso la de « fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y guerra ; y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos ». Los incisos 15 y 17 del artículo 86, dicen que el Presidente « es comandante en gefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la Nacion » y que « dispone de las fuerzas militares y terrestres, y corre con su organizacion y distribucion segun las necesidades de la Nacion ».

(2) Son de notarse : El Estatuto de 1815, y el Reglamento de 1817. El primero se ocupa de « las tropas veteranas y marinas», y el segundo de « la marina y tropas veteranas ». *Registro,* t. I, págs. 317 y 400.—Varela, págs. 346 y 574.

estado destinada al servicio interior tomando así un carácter defensivo. El *alderman* en cada condado era primero el gefe de la milicia, despues el *sheriff*, que usaba en su jurisdiccion del *posse-comitatus*, y en el reinado de Maria el lord lugar teniente. Cada hombre libre deberia proveerse de las armas y equipos militares, por órden de Enrique II, hasta que en tiempos de Isabel se dejaron en poder del gobierno, creando arsenales al efecto. La milicia se convocaba en los casos de invasion, insurreccion ó cuando era resistida la ejecucion de las leyes, y si bien el rey podia arreglar la disciplina, los ciudadanos de Lóndres podian tambien reunirse todos los dias de fiesta para maniobras y ejércicios militares. (1)

La milicia nacional creada en el siglo XVIII, mandada por propietarios y que no debia salir del condado, á fin de quitar todo pretesto á la necesidad de una fuerza permanente, cayó en descrédito. (2) En tiempo de Napoleon I, la milicia fué restablecida, y reorganizada por la ley de 1852, se conserva hasta hoy como una obligacion para todo inglés, sirviendo para llenar los cuadros del ejército siempre que el alistamiento voluntario no haya sido suficiente. Los cuerpos de voluntarios formados desde 1859 no tienen organizacion legal, pero han prestado buenos servicios, y pueden servir de base para la reorganizacion de la milicia. (3)

En Estados Unidos la milicia ha sido la base de toda la fuerza pública, como fuerza especial de las

(1) Hallam, t. II, págs. 408 y siguientes. — Menche de Loisne, pág. 301. — Fishel, t. I, pág. 287.

(2) Hallam, t. V, págs. 88 y siguientes.

(3) Fishel, t. I, págs. 288 y siguientes. — Menche de Loisne, pág. 302.

colonias mientras dependian de la Gran Bretaña, ó como fuerza de los Estados una vez que se confederaron ó formaron una union mas perfecta. Pero su naturaleza, las relaciones que su servicio debian establecer necesariamente entre los diferentes poderes, han establecido situaciones diversas, y prestádose á discusiones mas ó menos apasionadas.

Cuando despues de haber vencido á la Gran Bretaña, y haber notado los grandes peligros que entrañaba la forma aceptada en una Confederacion de Estados, se quiso llegar á una organizacion mas perfecta que garantiera la estabilidad de la Nacion y la autonomía relativa de las partes componentes, la Convencion reunida al efecto, si encontró serias resistencias que vencer en los puntos principales, no las encontró menos en cuanto á las milicias.

La milicia debia contribuir á hacer menos necesario el ejército permanente que era mirado como un verdadero peligro para la libertad. En los casos ordinarios los magistrados comunes podian bastar recurriendo al *posse-comitatus,* pero no así en las demás circunstancias. Se recurriria, pues, á la milicia para ejecutar las leyes, reprimir insurrecciones y repeler invasiones, como se habia practicado en Inglaterra.

¿Pero debia tener este poder el Gobierno general? En caso afirmativo, ¿cuál seria su estension en cuanto á la organizacion y disciplina, y qué poderes se reservarian á los Estados? Hé aquí la dificultad que dió lugar á largas y sérias discusiones.

Respecto á lo primero, si el gobierno nacional debia tener un ejército permanente reducido, si debia mantener la union y garantir en definitiva á los Estados,

era necesario que tuviera los medios de cumplir esto con la milicia; y ya temiéndose por algunos que fuera peligroso para la libertades públicas, ya que se le impusieran pesados servicios, ya que se quitara á los Estados los medios inmediatos de defensa, la solucion fué acordar la facultad al Congreso. (1)

Lo segundo era consecuencia de lo primero. Si las milicias no tuvieran una organizacion uniforme, se producirian los mismos resultados que se sintieron en la guerra de la independencia, y su llamamiento, si no inútil, seria peligroso: la uniformidad es esencial á toda fuerza pública. Para conseguirlo, se tenia que dar la facultad al gobierno nacional; pero siendo las milicias de los Estados, debiendo concurrir tambien á su propia defensa, estos debian llevar la ejecucion, teniendo poder concurrente, ó esclusivo, segun el caso. (2)

En Estados Unidos, pues, puede decirse que la milicia tiene un orígen constitucional, en tanto fué la Constitucion la que determinó su creacion y organizacion en una forma regular y armónica. Ha sido convocada en 1794, cuando la insurreccion de Pensilvania; en 1812 cuando la guerra con la Gran Bretaña; en 1861 al principiar la guerra de secesion; algunas veces por

(1) *El Federalista*, nº XXIX.—Curtis, pág. 229.—Story, t. II, §§ 1201 á 1230. El inciso 15, seccion 8ª, artículo 1º dijo: « Para disponer el llamamiento de las milicias con objeto de hacer cumplir las leyes de la union, contener las insurrecciones y rechazar las invasiones».

(2) Autores citados. El inciso 16, seccion 8ª, artículo 1º dijo: « proveer á la organizacion, armamento y disciplina de la milicia, y para el gobierno de la parte de esta que estuviese empleada al servicio de los Estados Unidos, reservando á los Estados respectivamente el nombramiento de los oficiales y la facultad de instruir y ejercitar la milicia, segun la disciplina dispuesta por el Congreso».

invasiones de Indios; y en 1792 el Congreso usó de sus atribuciones, dictando la ley de organizacion y disciplina. (1)

Sin entrar en la esposicion de todas las doctrinas, cuyo exámen reclamaria una obra especial, podemos establecer, como conclusiones perfectamente comprobadas:

1ª Que la milicia corresponde originariamente á los Estados, y como delegacion en casos especiales á la Nacion;

2ª Que en el organismo constitucional, el uso de la milicia entre los poderes de los Estados y los de la Nacion, ó es esclusivo, ó concurrente entre ambos. Es esclusivo respecto á los Estados, en la organizacion y disciplina, en la movilizacion para hacer respetar su constitucion y sus leyes, y para reprimir las conmociones interiores, una vez que no creyeran necesario solicitar la intervencion nacional; y es concurrente en todos los casos, cuando el Gobierno Nacional no ha tomado participacion ó se trata de un ataque esterior, y cuando el Congreso no ha dictado la lejislacion respectiva. Es esclusivo respecto á la Nacion, siempre que se trate de un ataque esterior, ó de una conmocion

(1) La reunion de las milicias segun esta ley no solo necesitaba para hacerse, que se realizasen los casos del artículo 1° seccion 8ª, § XV, sinó que era indispensable que el hecho hubiese sido notificado al Presidente por un juez de la Córte Suprema ó por un Juez de Distrito, como condicion para el ejercicio de su accion; y el rechazo de esta prescripcion hubiera impedido quizá la sancion de la ley en la Cámara de Diputados. (*Statutes at large*, t. I, pág. 264. — *Annals of Congress*, 1791, 1793, pág. 578). — La insurreccion de Pensilvania en 1794, fué así examinada, y autorizado el empleo de la milicia. (MARSHALL, *Life of Washington*, t. II, pág. 343). Pero la ley de 1795 hizo juez solamente al Presidente, y así lo interpretó la Córte Suprema. (*Statutes at large*, t. I, pág. 424. — 12 WHEATON, 22. — MARTIN v. MOTT.

que por su carácter ponga en peligro la estabilidad nacional; y es concurrente en los demás casos;

3ª Que cuando el Gobierno General llama las milicias, los Estados no son jueces de la medida, y el juicio de aquel es esclusivo. El llamamiento se hace directamente ó por medio de los Estados, y solo queda bajo las leyes de la Nacion una vez que ha sido entregada, pudiendo permanecer, entónces, bajo el mando directo del Presidente ó de cualquier gefe que él designe, pero sin que se le haga servir fuera del territorio de la Nacion;

4ª Que los Estados pueden dictar leyes de organizacion militar, cuando la Nacion no lo ha hecho, y aun habiéndolo hecho, siempre que no se separen de sus prescripciones fundamentales; (1)

5ª Que el derecho de llevar armas es un derecho que corresponde á los ciudadanos, porque forman parte de la milicia, y su uso se encuentra limitado á los casos de su convocacion, pudiendo prohibirse otra clase de armas que aquellas que les correspondan segun su clase. (2)

(1) Sobre este número y los anteriores, puede verse en comprobacion: *El Federalista*, nº XXIX. — Story, t. II, §§ 1199 y 1897. — Rawle, págs. 111 y 153. — Sergeant, pág. 331. — Curtis, pág. 299. — Kent, pág. 71. — Paschals, págs. 135 y 371.— Pomeroy, § 472. — Cooley, págs. 12, 24, 52 y 775. — Bateman, pág. 320. — Hough, t. II. — Sheppard, 137. — Mansfield, pág. 105. — Duer, pág. 201. — Seaman, pág. 71. — Grimke, t. II, pág. 71. — Laboulaye, t. III, pág. 426. — Parson, pág. 188. — Curtis, *Descisions*, t. IV, pág. 535; t. VII, pág. 10; t. XVII, pág. 13.

(2) Sobre esto veáse: Story, t. II, §§ 1896 y siguientes. — Pomeroy, § 239. — Rawle, pág. 125. — Bumps, pág. 343. — *Opinions of the Attorneys general*, t. XIV, pág. 491, en que pasa en revista todas las leyes de los Estados Unidos sobre armamentos de las milicias, para concluir que las armas que se dan á los Estados por el Gobierno general no les corresponde en propiedad, y no pueden venderlas sin dar cuenta. — Grimke, t. II,

En la República Argentina la milicia ha nacido casi al mismo tiempo que su vida independiente, pues con las invasiones inglesas de 1806 y 1807, recien recibió alguna organizacion, y dió sus primeros combates, mostrando condiciones especiales, (1) no obstante existia la Cédula de 14 de Enero de 1801. (2)

La revolucion de 1810 fué su obra inmediata, sean cuales fueren las causas que la vinieron preparando; y milicias fueron todas las que vencieron en los primeros combates y sirvieron en gran parte en los demás. Sin embargo, su organizacion como fuerza especial y á la manera de la Inglaterra y los Estados Unidos no existió, sea que vencieran con los caudillos, ó que estos encontraran su apoyo en los Cabildos, como se ha afirmado, (3) hasta que la Constitucion de 1853, vino á aceptar los principios de la de los Estados Unidos. (4)

pág. 72. — Gonzalez, pág. 54. — Laboulaye, t. III, pág. 540. — Blackstone, t. I, cap. 13. — Tuck Black, *Com.* app. 300. — Duarte, pág. 310. — Batbie, t. II, pág. 354.

Este principio solo ha sido espresamente incorporado á la Constitucion mejicana de 1857 en sus artículos 947 á 950, aunque mas como seguridad personal, que como seguridad social: y á la de Colombia en su inciso 15, artículo 16, como una de las garantías de los derechos individuales. Sin embargo, creemos que él tiene que estar implícito en todas las Constituciones libres en el sentido que le damos en el testo, aunque no pensamos que sea una panacea su ejercicio, contra los males que aquejan á las Repúblicas Sud-Americanas.

(1) Véase Mitre, *Historia de Belgrano*, t. I.

(2) *El Judicial.* año 18, núm. 30, pág. 2.

(3) Nota del Ministro del Interior al Congreso de 5 de Setiembre de 1879. Discusion en la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, en las sesiones de 10 de Setiembre y siguientes, de 1879.

(4) Inciso 24, artículo 67. El término «milicias» ha sido el generalmente aceptado y es el que usa la Constitucion Nacional; sin embargo el de

A nuestro juicio la doctrina y jurisprudencia americanas son de perfecta aplicacion á nuestras prescripciones constitucionales, dada la identidad de estas con las de los Estados Unidos. Las milicias son de las Provincias, y el poder de la Nacion no es esclusivo dados sus términos, de modo que la concesion hecha á su favor importe una prohibicion para aquellos, desde que, en todo caso « un poder meramente afirmativo no es por su naturaleza incompatible con la existencia de igual poder en los Estados»; (1) « las limitaciones y aun las prohibiciones por implicancia no deben estenderse como para destruir los poderes necesarios de los Estados, ó impedir su eficiente ejercicio »; (2) « la Constitucion ha sido construida para dar efecto á sus diferentes cláusulas, conciliándolas, y no para buscar su destruccion entre sí » ; (3) y « aunque el espíritu de la Constitucion debe ser respetado tanto como su letra, debe dársele sin embargo mas importancia». (4)

Los argumentos que se han hecho valer en su con-

Guardia Nacional es el que se usa en todas las leyes y decretos, y el que aparece usado recien en el decreto de 20 de Enero de 1814. (*Registro*, t. I, pág. 253.)

(1) *Attorney general*, t. XIV, pág. 496. — Cohens, v. *Virginia*, 6 *Weaton 264*.

El Estatuto de 1815 y el Reglamento de 1817 se ocupan espresamente de la milicia, bajo el nombre de *provinciales* ó *nacionales*, y cívicas (*Registro*, t. I, págs. 317 y 450.) Se siguieron, sin duda, las diferencias de la legislacion española, que tenia las *milicias provinciales* creadas por Felipe V y organizada en 1767, y las *milicias nacionales*, creadas por la Constitucion de 1812, y la que ha sufrido despues diversas alteraciones. (Véase, Escrich, arreglado por Caravantes, palabras respectivas.)

(2) Railwad, Co. v. *Peniston*, 18 *Wallace*, 5.

(3) Marbury, v. *Madison*, 1, *Cranch*, 137.

(4) Sturges, v. *Crowninshield*, 4 *Weaton* 122.

tra, no nos parecen de gran peso. El orígen de nuestra federacion, porque, como lo demostraremos mas adelante, ninguna influencia tiene en la aplicacion de principios que nacen de la esencia misma del sistema de gobierno, no de los antecedentes históricos, fuera de que hay razones bastantes para sostener la identidad. La naturaleza de las facultades reservadas á los Estados alli, y á las Provincias aquí, por la esplicacion de las diferencias en las palabras se encuentra perfectamente demostrada en la correlacion de los artículos, y porque en todo caso dado el sistema de gobierno y siendo lo que se refiere á las milicias, facultades de defensa y de conservacion respectiva, la delegacion esclusiva hubiera sido su propia negacion. (1)

VI

Pero constituyendo la fuerza pública, no solo la milicia, que con tanto favor es mirada, sinó tambien el ejército permanente, debemos esplicarnos, cómo este puede existir sin peligro y cuáles son los medios para ello, ya que respecto á la primera solo por accidente puede encontrarse en las condiciones del segundo.

Los medios, á nuestro juicio son dos:

1° Número reducido á las necesidades que debe atender;

2° Organizacion adecuada á sus fines, y legislacion que corresponda á sus servicios y á sus peligros.

(1) Veáse la notable discusion á que antes hemos hecho referencia y en la que se encuentran tocadas todas las cuestiones.

Sin duda que los ejércitos regulares pueden ser un peligro para las instituciones, desde que pueden convertirse en un elemento de opresion, mas que nunca hoy que las armas de precision han hecho imposible el combate con otra arma que no le sea igual, ó con medios livianos de resistencia. (1)

Pero su existencia es necesaria tambien como garantía de la tranquilidad pública, en el interior contra las facciones y en el esterior contra los demás Estados que lo tienen en mas ó ménos número y que pueden comprometer su independencia. (2) Y entónces es indispensable buscar el medio de hacer posible su servicio sin peligro para la libertad. «En el estado actual de nuestro país, decia Russell, hablando de la Inglaterra, no es ciertamente imposible, pero estremadamente improbable que un ejército permanente destruya nuestras libertades. Sin embargo, no es

(1) Sabido es, decia Gorriti en el Congreso de 1826, que la organizacion del ejército permanente y mantenido á sueldo fué una invencion de la tiranía, no para atender á la seguridad esterior del Estado sinó para subyugar á los ciudadanos.... Recorramos las desgracias de 15 años, y veremos que todas ellas han nacido de la organizacion de los ejércitos. *Diario de Sesiones*, nº 31, págs. 31 y 32, y nº 32, pág. 9.

(2) Véase *El Federalista,* nº XXIV á XXVIII.—Story, t. II, §§ 1182, 1186. Macaulay, t. IV, págs. 10 y siguientes.— Bateman, pág. 318. — Grimke, t. II, pág. 51. — Santisteban, *Curso de derecho constitucional*, págs. 88 y siguientes.

« La pátria no hace el soldado, decía el general San Martin, para que la deshonre con sus crímenes, ni le dá armas para que cometa la bajeza de abusar de estas ventajas, ofendiendo los ciudadanos con cuyo sacrificio se sostiene: la tropa debe ser tanto mas virtuosa y honesta cuanto es creada para conservar el órden de los pueblos, afianzar el poder de las leyes, y dar fuerza al gobierno para ejecutarla, y hacerse respetar de los malvados, que serían mas insolentes con el mal ejemplo de los militares: á proporcion de los grandes fines á que son ellos destinados, se dictaron penas para sus delitos. » Zinny, *Efemeridografia*, pág. 199.

menester concluir que porque no son un peligro para nuestras libertades, como las tropas de Mario ó de César, ó porque no amenazen convertirse en un instrumento servil para crear el absolutismo, los ejércitos permanentes no deban alarmar razonablemente á los amigos de la Constitucion ». (1)

El Dr. Agüero, parecía creer que bastaba que el ejército dependiese de la autoridad solamente, para que sus peligros desaparecieran. « En un Estado, decía, no debe haber mas ejército que aquel que depende de la autoridad, porque la autoridad sola del Estado es la que debe cuidar y encargarse de la defensa y y seguridad general de cada uno de los pueblos y provincias que lo componen ». (2)

Buscando la solucion, Lieber ha creido encontrarla en el número componente del ejército, y ha dicho: « Los ejércitos permanentes en donde quiera que son necesarios (y al presente son necesarios así como muy preferibles á la milicia de la edad media), deben ser tan pequeños como sea posible, y depender completamente de la legislatura para su existencia. Ejércitos permanentes como los que vemos en los diferentes países del continente europeo, son absolutamente incompatibles con la libertad civil por su espíritu, número y costo ». (3)

Russell encuentra el medio de contrarestar el poder de los ejércitos permanentes, ó mas bien de evitar sus peligros en la division de los poderes, en la intervencion de la opinion pública, y en reducirlo á

(1) *Essai sur l'histoire du gouvernement.*

(2) *Diario de Sesiones del Congreso* de 1826, nº 72, pág. 11.

(3) *La libertad civil y el gobierno propio,* t. I, pág. 131.

un número relativamente limitado. «El verdadero peligro sería, dice, que todo el gobierno, es decir, el conjunto de las tres ramas, el rey, los lores y los comunes, reposase sobre el poder militar... La Constitucion inglesa prevee remedios contra los abusos, y estos remedios consisten en que el mecanismo del Estado sea ventilado y esclarecido en todas sus ruedas por el aire y por la luz de la opinion pública... En tanto que la cifra de nuestra tropa no llegue mas allá de lo que es indispensable para las guarniciones de nuestras plazas fuertes, y para formar cierto núcleo en caso de guerra, las generalidades que se podrán alegar contra la existencia de un ejército permanente no constituirán sinó un conjunto de declamaciones pueriles, pero cuando se trate de elevar el número en tiempo de paz en la misma proporcion de los ejércitos de las potencias europeas, cuando se diga que el acrecentamiento de la poblacion hace necesario la existencia de un gran ejército, habrá llegado el momento de despertarse y arrojar, ántes que sea demasiado tarde, el inmenso peso de un gobierno militar.» (1)

Creemos con Russell que en general concurren diferentes circunstancias que es necesario tener en cuenta. Mientras el ejército dependa del gobierno, y las tres ramas funcionen regularmente y reciba sus inspiraciones de la opinion pública, dificilmente los peligros se presentarán, tanto mas cuanto que su número nunca podria ser bastante para ahogar la opinion de un pueblo que fuera hóstil á las ideas que pretendiera representar.

(1) *Essai sur l'histoire du gouvernement*, págs. 250, 252 y 253.

Sin duda con las instituciones libres los peligros no pueden ser lo que fueron ó son bajo los gobiernos absolutos, desde que en aquellas se busca la mayor intervencion posible del pueblo, y en estos solo la voluntad y el interés del soberano, de modo que si en los unos el ejército puede servir fácilmente de elemento de opresion, en los otros mas bien puede servir de elemento de anarquía que de opresion.

El mecanismo del gobierno funcionando en tres ramas principales, cada una de las que conserva una parte del poder gubernamental, hace dificil el manejo esclusivo de la fuerza pública; y para que el Poder Ejecutivo que la manda pueda dominar en ella y restringir las libertades de los ciudadanos, es indispensable que principie por suprimir todo ese mecanismo, por quitarles todas las facultades propias de los demás poderes, y atribuirse las facultades estraordinarias, es decir, someter el Estado al réjimen funesto de lo arbitrario.

¿Es posible que los tres poderes se pongan de acuerdo y se conviertan en un elemento de opresion, contrariando los fines de su institucion? ¿Puede haber una uniformidad tal que impida el control del elemento popular, suprimido por el poder del ejército? Tal situacion cabe en lo posible, aunque no sea probable. Los partidos personales, y que no tienen una bandera de principios, pueden llegar hasta allí, haciendo del gobierno un monopolio, y de los resortes de gobierno una barrera para impedir que lleguen hasta el poder los demás elementos de otros partidos que pueden ser ó no igualmente personales, pero que tienen derecho á gobernarse.

Es necesario precaverse contra esta posible situa-

cion provocada por la fuerza pública organizada de una manera permanente. Si no se ha de hacer el servicio obligatorio, como en Suiza, y ha de existir aquella, no hay otros medios preventivos que reducir ó limitar el número á lo necesario para los servicios que debe atender, y tratar de conservarla, si bien desligada de los intereses personales de los círculos y partidos políticos, en las aspiraciones populares, sintiendo sus palpitaciones nobles y generosas.

En la República Argentina, sobre todo, en tal situacion deberia conservarse el ejército. Su pequeño número en relacion á los servicios que se exijen, desde que, pasadas las nubes que oscurecen nuestra política esterior, nada habrá que obligue á mantener ejércitos numerosos, siguiendo el funesto ejemplo de los Estados europeos, una vez que todos los Estados sud-americanos, no cambien el sistema militar seguido hasta aquí, que es el único conveniente, y que evitará arrancar al trabajo los escasos brazos de nuestras poblaciones, y consumir injentes sumas en armamentos en vez de emplearlas en la esplotacion de las inmensas riquezas de nuestro suelo. Aislarlo de la política militante y estrecha de nuestros partidos, para impedir la disolucion y la anarquía, que ha sido en todo tiempo la barrera á nuestro progreso, y el gérmen del atraso y de la ignorancia, por los ódios levantados en generaciones enteras, y por el despilfarro desmoralizador de las rentas públicas, tanto mas de economizarse, cuanto mas escasas. (1)

(1) BLACKSTONE cree que para evitar estos peligros seria conveniente licenciar soldados para enrolar otros, y «establecer asi entre el ejército y el pueblo una especie de circulacion, que formaria un vínculo mas íntimo entre el ciudadano y el soldado.» *(Comentaire*, t. II, pág. 159). Pero CHRIASTIAN, su

VI

Fuera de estas especialidades y sobre ellas es necesario algo mas: una organizacion que coloque el ejército en una situacion diferente á las demás partes del mecanismo gubernamental, ya por su composicion, ya por las leyes que deben gobernarle, de modo á contenerlo ante la sociedad desarmada, y darle la unidad y direccion que la ejecucion de las órdenes requiere.

« Conveniente ha sido mantener cierto número de hombres armados en prevision del peligro; pero como esta fuerza, que así se llama la masa de gente armada, sería un peligro para la sociedad que permanece desarmada, si pudiese usar contra ella de las armas mortíferas que maneja, ha sido necesario darle una organizacion tal, que el peligro sea mayor para el mismo hombre armado, si vuelve contra su propio país las armas que en sus manos se pusieron solo para repeler al enemigo esterior. Hé aquí el orígen y la necesidad de las leyes militares, que son la salvaguardia de las leyes civiles, fundadas estas en la justicia, en la conveniencia aquellas. El que tiene en sus manos una arma por conveniencia pública, tiene que ser despojado de ciertos derechos, á fin que la masa llamada ejército obre como cual-

anotador cree lo contrario: « la esperiencia ha probado, dice, que el enemigo mas formidable que el pueblo inglés tiene que someter, es la licencia desenfrenada de sus últimas clases. Es menester cuidar de que los soldados no se familiarizen con la gente del pueblo en las grandes ciudades, de temor de que estén dispuestos mas que á reprimirlas á tomar parte en las conmociones » Loc. cit., not. 1.

quier otra fuerza material con el fin de triunfar ó vencer *resistencias*.

« Estas leyes las crearon los romanos á la par de las leyes civiles que aseguraban á cada uno el goce de sus derechos. Los romanos no admitían en sus ejércitos sinó á los ciudadanos libres, de manera que habiendo guerra, el mismo ciudadano pasaba de un sistema de legislacion fundado en la justicia debida á cada uno, al otro sistema fundado en la conveniencia de todos. Aquellas justas, estas necesarias. Estas diferencias las espresaban con dos axiomas: *inter armas silent leges*, por las civiles; *necesitas caret leges*, por la necesidad de triunfar del enemigo: pudiendo y debiendo ser los derechos individuales obstáculo al triunfo de las armas, callan estos ante la necesidad de triunfar.» (1)

Pradier Foderé y Faure, comentando el Código de Justicia Militar de la Francia, y refiriéndose á la jurisdiccion militar, dicen: « Se aceptan estas leyes severas á título de necesidad, pero no se hace generalmente una idea clara de su justicia por falta de reflexion. La criminalidad de las acciones no se mide esclusivamente por la intencion y por la perseverancia, sinó tambien por los peligros que hacen correr al poder y á la sociedad. Tal acto que no tendría gravedad y sería casi indiferente en la vida ordinaria, puede tener en el ejército consecuencias funestas. El militar no ha podido bajo ningun concepto, hacerse ilusion, pues está advertido á cada momento de

(1) SARMIENTO, *De las necesidades humanas y de sus medios de defensa*. Artículo publicado en *La Tribuna* del 23 de Abril de 1875. Respecto á los axiomas que se invocan, hemos dicho algo al iniciar esta seccion, y escusamos aquí examinar su exactitud.

la estension de sus deberes, de los intereses que pondría en peligro faltando, de la pena casi siempre terrible que le espera. La ley, tratándolo como un gran culpable, busca proteccion para la sociedad, satisface las necesidades del ejército, y se muestra justa y humana hasta en sus rigores.» (1)

La organizacion escepcional, la disciplina rigorosa, y todas las precauciones que la sociedad ha tomado, tienen, pues, una razon de ser fundamental en prevision de su propia conservacion (2), ya que exigencias de otro órden las requieren, exigencias que hasta hoy no han podido ser desatendidas; y la *ley militar* que es su forma esterna, no es otra cosa, que la regla prescrita por una Nacion para el gobierno de sus fuerzas militares. (3)

Todos los pueblos civilizados han aceptado estas conclusiones, y han establecido la ley militar como una necesidad social, dictando códigos especiales que contienen todos las previsiones posibles para atender las necesidades que crean la existencia de fuerzas armadas en su propia garantía, y en garantía de la sociedad. (4)

No necesitamos examinar los Códigos militares; pero sí recordaremos su introduccion en Inglaterra por las especialidades que le caracterizan, en Estados

(1) *Commentaire sur le code de justice militaire*, pág. 22.

(2) «Los yerros que los omes fazen en la guerra son mas peligrosos», decia la Partida 2ª en el proemio al título 28; y las ordenanzas militares refiriéndose á los consejos de guerra dicen que son establecidos «para que las tropas se contengan en aquella exacta obediencia y disciplina militar que conviene», (Trat. 8º, tít. 5º, art. 1º.)

(3) Field, *Outlines*, art. 718. — Kent, *Com.*, t. I, pág. 362.

(4) Pradier Foderé y Faure, *Com.*, pág. 21.

Unidos por su relacion con las instituciones políticas, y en la República Argentina por la aplicacion que exijen.

Inglaterra habia creado un ejército permanente, y este ejército no solamente carecia de reglas especiales, de acuerdo con sus necesidades y su organizacion, sinó que en tiempos de paz la ley no establecia diferencia entre un soldado y cualquier otro ciudadano.

Jacobo II (1) sintió el vacío á este respecto, puesto que aunque en el reinado de Carlos I la falta no se habia notado, los tiempos habian cambiado: el soldado no era retribuido, como entónces, y para mantener la disciplina era necesario recurrir á una mayor severidad en el castigo. Entre la alternativa de la disolucion del ejército, ó de persuadir á los jueces de que la ley autorizaba tales castigos, se resolvió por lo último, y no pudiendo conseguirlo de los jueces existentes se cambió el personal llevando á las dos grandes Córtes, la del Banco del Rey, y la de asises de Lóndres, hombres ignorantes y corrompidos. (2)

Pero mas tarde Jacobo II fué destronado teniendo que salir del país, no obstante el apoyo decisivo de la Francia. El ejército quedó al servicio del Parlamento, puesto que se habia establecido como un principio que era por su voluntad que existia, á pesar de que al rey correspondia su mando y la conservacion de la disciplina; y un dia se sublevaron siendo Ipswich el teatro del motin militar, y causando así un gran escándalo,

(1) Lord Cockburn, justicia mayor de Inglaterra, ha hecho un análisis lijero y claro de la ley militar desde los tiempos mas remotos. Véase: *Charge of the Chief justice of England to the grand jury, in the case of the Queen against* Nelson and Brand, pág. 86.

(2) Macaulay, *Histoire d'Angleterre*, t. III, págs. 56 á 58.

que venia á hacer mas odiosa su permanencia, tan combatida cuando aun no se habian presentado estos ejemplos. (1) « El peligro para las libertades inglesas fué immenso, dice Sarmiento, pero la enerjía del Parlamento fué bastante para apartarlo: en una sola sesion, bajo la inspiracion del santo amor á la libertad, el Parlamento sancionó *the mutiny law*, la ley del motin, creando los consejos de guerra, y aplicando sin remision la pena de muerte á los militares amotinados, dando oríjen á la jurisdiccion militar en Inglaterra.» (2)

Considerando, dice esta ley en su preámbulo, que levantar ó conservar un ejército permanente en el reino unido de la Gran Bretaña y de Irlanda, en tiempo de paz, á menos que no sea con el consentimiento del Parlamento, es contra la ley; y considerando que se ha juzgado necesario por su majestad y este Parlamento, que un cuerpo de ejército subsista para la seguridad del reino unido, la defensa de las posesiones de la corona de su majestad, y la conservacion del equilibrio de los poderes en Europa, y que el mismo total de fuerza consiste en... hombres; y considerando que ningun hombre puede ser espuesto en su vida, ó sometido en tiempo de paz á ninguna especie de castigo en este reino por la ley marcial, ó de alguna otra manera que por el juicio de sus iguales, y segun las leyes conocidas y establecidas de este reino; sin embargo, á fin de mantener todas las fuerzas mencionadas en su deber, que una exacta disciplina sea observada, y que los soldados que se amotinen, cometan sedicion ó deserten el servicio de su majestad,

(1) Fishel, t. I, pág 292.

(2) *De las sociedades humanas y de sus medios de defensa.*

ó sean culpables de crímenes ú ofensas en perjuicio del buen órden y de la disciplina militar, serán sometidos á un castigo mas ejemplar y mas rápido que por las formas comunes de la ley. Se decreta en consecuencia...» En seguida declara que el soberano puede formular *artículos de guerra* para el gobierno del ejército, pero que nadie será sometido á ellos, si no es de los soldados designados en la ley; é indica en fin, el procedimiento del juicio, los hechos á que son aplicables sus disposiciones, y el castigo que cada uno de ellos merece. (1)

Esta ley fué dictada por un año, tan difícil era dominar las prácticas aceptadas, no obstante el ejemplo que daba lugar á tales medidas; pero al año siguiente la prorogaron, conservándose hasta hoy, en que se ha reducido á una fórmula que su Presidente somete al Parlamento en su primera sesion, y con una votacion unánime, sin debate, se pasa á la órden del dia. (2) Sin embargo, ella ha tenido sus opositores, ya por aversion á los ejércitos permanentes, ya por considerarla como un peligro á la libertad, colocando el soldado fuera de la *common law,* y acostum-

(1) FRANQUEVILLE, pág. 348.—FISHEL, t. I, pág. 292.

(2) La ley *(Mutiny Act)* dura en toda la Gran Bretana desde el 25 de Abril de un año á la misma fecha del siguiente año ; en Irlanda, Jersey, Guernesey, Alderney, Sark y Man, de Mayo á Mayo ; en Gibraltar y el Mediterráneo, España y Portugal, de Agosto á Agosto ; en las demás partes de Europa donde estén en servicio fuerzas británicas, en las Indias Occidentales y en América, de Setiembre á Setiembre; en el Cabo de Buena Esperanza, la Isla de Francia y sus dependencias, Santa Elena y la costa occidental de Africa, de Enero á Enero ; en otros lugares, de Febrero á Febrero ; pero no obstante estas fechas, por una disposicion introducida recien en la ley de 1829 *(Mutiny act of 1829)* se halla en vigor en las fuerzas que se encuentran en los mares, desde y despues de su recibo y promulgacion en las órdenes generales. BAKER, *Notas á Halleck,* t. I, pág. 502.

brándolo á una obediencia pasiva peligrosa para el derecho de los demás que puede pretender colocar en igual circunstancia, ya porque es delegar en el poder del soberano un poder discrecional de legislacion: la primer protesta tuvo lugar en 1717, repitiéndose en 1721 y 1732. (1)

Los Estados Unidos reconocen varias fuentes de legislacion militar: 1ª los estatutos del Congreso, que comprende las reglas y artículos de guerra, los reglamentos generales, y los reglamentos de cadetes; 2ª las órdenes del ejército; 3ª los usos de guerra.

Cuando en Mayo de 1775 el Congreso continental se reunió en Filadelfia y ordenó la organizacion de un ejército, se hizo indispensable dictar reglas para el gobierno de esta fuerza, y familiarizados sus miembros con el Código militar inglés, él fué adoptado como modelo, promulgándose en 30 de Junio en sesenta y nueve artículos, con algunas pequeñas modificaciones, que mas tarde fueron adicionadas con nuevas disposiciones.

En este estado, y teniendo como antecedente la disposicion del artículo 9º de la Confederacion, se promulgó la Constitucion definitiva, que dispone en su inciso 14, seccion 8ª, artículo 1º, que es facultad del Congreso « formar ordenanzas para el gobierno y arreglo de las fuerzas marítimas y terrestres »; y lo que se consideró en la Convencion como una consecuencia de la facultad general para levantar tropas y mantenerlas, no dando por lo tanto lugar á discusion. (2)

(1) Fischel, t. I, págs. 292 y siguientes. — Macaulay, *Histoire du règne de Guillaume III*, t. IV, pág. 26. — Franqueville, pág. 348. — Menche de Loisne, pág. 295. — Blackstone, t. II, pág. 159.

(2) Véase: Story, t. II, § 1197. — Curtis, pág. 299. — Pomeroy, § 467.

En 1789 los artículos de guerra fueron reconocidos y adoptados á la nueva Constitucion por el primer Congreso; y con agregados y aclaraciones en 1806 y y 1874, están vigentes hasta hoy. Pero el reglamento general recien fué proyectado en 1813 por el Ministro de la Guerra, y sancionado por el Congreso en 1816; y aunque en 1821 se aprobó el sistema preparado por el General Scott, al siguiente año se volvió al de 1816, ocupándose nuevamente el Congreso de estas matérias en 1866 y en 1875. (1)

En las sesiones de 1878 fueron sancionadas por el Congreso nuevas agregaciones, prescribiendo que todas las órdenes de Presidente al ejército, debian ser dirigidas por medio del general, el que debia tener su cuartel general en Washington. El estatuto fué objetado por el Presidente en sus dos partes, como limitaciones á sus facultades de Comandante en Gefe. Creo con Pomeroy que en su primera parte en nada alteran el poder del Presidente, pues solamente regulan la manera como las órdenes serán trasmitidas; pero no así en la segunda, pues le impide la libre disposicion de las fuerzas con arreglo á su propio criterio, pudiendo llegarse en este camino hasta la supresion de sus facultades á su respecto. (2)

La revolucion de 1810 encontró á la República Argentina con toda la organizacion que la España habia querido establecer, ya sea por su lejislacion general, ya por la especial, comunicada á la Audiencia ó establecida en la recopilacion que se ha llamado *Leyes de Indias*.

(1) Véase, Rollin *A. Ives a treatise on military law*, págs. 16 y siguientes, en que esplica las diferentes partes de la legislacion militar americana.

(2) Véase, Pomeroy, § 471.

En esta situacion, fué regla general, desde los primeros pasos que debian conducir á la independencia completa, que quedaba en vigencia todo aquello que no fuese espresamente derogado ó que la nuevas instituciones no hicieran de imposible aplicacion; y esta fué regla de toda la América española hasta que nuevas instituciones y nuevos Códigos vinieron á reemplazarlo.

La España tenia sus Ordenanzas tanto para los ejércitos de tierra, como para la armada, y así como siguió la lejislacion comun rijiendo todas las relaciones de la vida civil, así tambien los ejércitos de la República quedaron rejidos por aquellas, con las modificaciones consiguientes al nuevo órden de cosas, y á las necesidades del momento.

La constitucion de 1853 deslindó las atribuciones á este respecto, y estableció como facultad del Congreso, el determinar ó « fijar la fuerza de línea de tierra y de mar en tiempo de paz y guerra: y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dichos ejércitos»; (1) pero nada se ha adelantado en cuanto á la reglamentacion misma.

Hasta hoy, se han nombrado diferentes comisiones para redactar un Código militar, usando de la facultad acordada por la disposicion citada; pero no se han espedido y todo permanece en el mismo estado. Las ordenanzas españolas rijen nuestros ejércitos de mar y tierra, y la jurisdiccion militar se regula por sus prescripciones, que algunas leyes especiales han alterado en sus detalles.

Sin embargo, la reglamentacion de la jurisdiccion

(1) Inciso 23, artículo 67.

militar y de la penalidad es facultad concurrente entre la Nacion y las Provincias, y bien han podido estas ocuparse de ello ya que aquella no lo hacía. Si las Provincias no tienen ejércitos, ni manejan tropas de línea, tienen no obstante, milicias ó guardias nacionales, y ya sea que se deban emplear estas en servicio de la Nacion, ya en servicio de las Provincias, es indispensable que su disciplina se mantenga por la ley militar.

Así lo han entendido las Constituciones de algunas Provincias, y así lo dice la de Buenos Aires en su artículo 198: « La Lejislatura determinará los delitos ó faltas de que deben conocer estos tribunales y las penas que deben aplicarse, sujetándose á lo que determinan las leyes nacionales, y pudiendo únicamente establecer lo que creyese conveniente sobre los puntos no lejislados por la Nacion, y en tanto que esta no lo hiciere. » (1)

Pero si sobre esto no puede haber duda, puesto que tal es la índole de las facultades concurrentes en nuestro mecanismo Constitucional, recordaremos aquí lo que afirmamos antes al ocuparnos de las milicias, y es que, la facultad debe entenderse en el sentido de que dictado, por las autoridades nacionales, el Código militar, las Provincias tienen el derecho de completarlo en todo aquello que haya omitido, pudiendo por leyes especiales hasta reglamentar sus disposiciones, siempre que no se altere la disciplina prescrita. (2)

(1) Artículo 198.

(2) El Estado de Nueva York en los Estados Unidos, reunió en un Código todas sus leyes militares en 1870, llamándole « Enrolamiento de la milicia, organizacion de la Guardia Nacional y de la defensa pública ». En 1878, por una estensa ley de 18 de Mayo, introdujo algunas modificaciones. Sa-

SECCION 2ª

LA LEY MARCIAL

I

Hemos visto que la ley militar tiene su aplicacion á la organizacion del ejército, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, y su severidad no puede ser discutida, bajo el punto de vista de la conveniencia, desde que el régimen escepcional á que se encuentra aquel sometido requiere tambien una legislacion adecuada.

Sin embargo, producida la guerra, empezadas las hostilidades y esas luchas sangrientas que las pasiones enardecen, y convertidas las naciones en grandes campamentos, donde solo se escucha el ruido de las armas, y donde la necesidad, la salvacion del ejército, son las reglas de conducta, suavizadas por los deberes de humanidad, en este caso, decimos, se presenta una nueva faz para los que sin las armas en la mano, permanecen en los lugares del combate y de las operaciones militares: la ley marcial se levanta, y dominando el conjunto de las relaciones políticas y civiles se impone sin distincion de clases y de personas por la guerra y en virtud de la guerra.

¿Pero qué se entiende por la ley marcial? ¿Cuál es

bemos, no obstante, que los Estados Unidos tienen sus leyes militares, y que á este respecto las disposiciones de los incisos 23 y 24 del artículo 67, son idénticas á los incisos 12 á 16, seccion 8ª, artículo 1º de la Constitucion de aquellos. Véase: *Annuaire de législation étrangère*, t. VIII, página 695.

su alcance, cuál su interpretacion? ¿Qué autoridad la ha constituido para dominar todos los intereses, y ejerciendo su omnímoda voluntad, imponerse sin regla fija, sin procedimiento determinado?

Pocas materias del derecho público se prestan á tantas dudas y vacilaciones, como todo lo que se refiere á la ley marcial, desde su nombre mismo hasta la estension de las facultades que encierra para los poderes que la aplican, y los efectos que produce en el mecanismo de las relaciones políticas y civiles de todos los que habitan el territorio del Estado. Violenta en sus medios, inexorable en sus fines, y sin un límite al ejercicio de su accion, ofrece naturalmente todas las resistencias de sus propios y salientes caractéres, desde que nadie se somete fácilmente á lo arbitrario, y á lo arbitrario impuesto por la voluntad de una persona, cuyos errores ó cuyas pasiones, pueden producir el desequilibrio mas espantoso en todas las manifestaciones sociales.

Ni los escritores, ni la jurisprudencia, ni las esposiciones de los hombres de Estado, están de acuerdo sobre los caractéres distintivos de la ley marcial, y las opiniones se dividen, desde la limitacion ridícula que la convierte en una entidad negativa, hasta la estension sin límites que hace desaparecer todo el organismo político y civil para someterlo á su duro imperio.

Ley de lucha y de combate, la confusion se produce, desde el momento en que, olvidando sus antecedentes y su rol en el momento del conflicto, no se distingue con precision las diferentes situaciones en que ella se impone y se hace indispensable. En el Estado ó fuera del Estado, el mecanismo de la lucha

no es el mismo, desde que las leyes concordantes, si son obligatorias en un caso, no lo son ó pueden no serlo en el otro, en tanto la autoridad militar se encuentra desligada para los habitantes del uno, de los vínculos constitucionales ó legales á que se encuentra sujeta respecto del otro.

Así, basta una lijera indicacion para comprenderlo con claridad por el momento. Las limitaciones que puede producir la ley marcial, deben tener el oríjen de la misma ley, una ajitacion, una lucha, una perturbacion en el mecanismo social. ¿Será lo mismo cuando se trata de su aplicacion á un habitante estraño, en territorio estranjero, que cuando se trate de su aplicacion á un ciudadano y habitante dentro de su propio territorio, y donde se encuentra amparado por los mismos poderes de que ella dimana?

Pero, basta por ahora: comprobemos nuestras anteriores afirmaciones. Escuchemos algunas opiniones.

La ley marcial, dice Pomeroy, es la regla y la autoridad militar que existe en tiempos de guerra, y es conferida por las leyes de la guerra, con respecto á las personas y á las cosas que se hallan bajo y dentro del designio de las operaciones militares activas para hacer la guerra, y que estingue y suspende por el momento los derechos civiles y los remedios fundados sobre ellos, en cuanto pueda ser necesario para el pleno cumplimiento de los propósitos de la guerra quedando la parte que la pone en práctica, responsable por cualquier abuso de la autoridad que así se le confiere. Es la aplicacion del gobierno militar, el gobierno de la fuerza, á las personas y propiedades dentro del objeto de ella, segun las leyes y usos de la

guerra con esclusion del gobierno municipal en todos los respectos en que este enerve la eficacia de la regla y accion militar. (1)

La ley marcial, dice Lieber, no es otra cosa que el ejercicio de la autoridad militar conforme á las leyes y á los usos de la guerra (2); Field, que es el ejercicio de la voluntad del comandante dentro de los límites de las leyes de la guerra, y de la ley militar, á que las fuerzas están sujetas, que suspende en estos límites todas las leyes en tanto se ponen en conflicto con ella(3); Tiffany, es el poder de exijencia conferido al Comandante, que suspende las funciones civiles del gobierno por un tiempo y en ciertas localidades, siempre que la seguridad del ejército y del estado requieran que las operaciones del primero no sean interrumpidas por las trabas del procedimiento civil (4); Whitting, que consiste en un Código de reglas y principios que regulan los derechos, capacidades y deberes, las relaciones sociales, municipales é internacionales en tiempo de guerra de todas las personas sean neutrales ó belijerantes (5). Dosson, Campbell y Wolfe, que es la cesacion en caso de necesidad de toda ley municipal y que la necesidad misma requiere su justificacion (6); Filanson, la suspension de todo derecho que no sea la voluntad de los jefes militares encarga-

(1) *Municipal law*, § 698, pág. 405.

(2) *Instrucciones para los ejércitos de los Estados Unidos*, art. 4.

(3) OUTLINES, art. 724. En la nota con que ilustra esta disposicion, espone algunas otras opiniones.

(4) *Gobierno y derecho constitucional*, trad. por C. QUIROGA, págs. 268 y siguiente.

(5) *Poderes de guerra*, trad. por RAWSON, pág. 212.

(6) *Cases and opinions in Constitutional law* por FORSYTH, pág. 109.

dos de su ejecucion, que debe ejercerse segun su juicio, segun las exijencias del momento, de los usos del servicio, sin reglas ó leyes fijas y determinadas, sin una práctica definida, y sin estar limitada ni aun por las reglas de la ley militar (1); Stephen, que puede ser definida la ley impuesta por el poder militar, y que si existe en Inglaterra es considerándola como artículo de guerra (2); Morin, que es aquella que da al jefe de un ejército y á los delegados de este poderes conformes á las leyes de la guerra, respecto del habitante mismo siendo necesario, recomendándoles ejercerlos con justicia, honor y humanidad, como lo quiere la guerra civilizada (3); Mitre, que es el Código militar ó la competencia de los tribunales militares aplicada á los delitos comunes con esclusion de las leyes y de los jueces ordinarios ó naturales (4); y Moreno, que no es mas que el conjunto de reglas que rijen la conducta y determinan las facultades de un belijerante en territorio enemigo, segun los principios del derecho internacional. (5)

De estas diferentes definiciones que se podria aumentar fácilmente con otras, se desprenden dos opiniones que obedecen, sin duda, á sistemas diversos, y que conducen á consecuencias mas ó menos peligrosas, por las aplicaciones que reciben y el momento en que las reciben segun la voluntad del que

(1) *On martial law*, pág. 107.

(2) *New Commentaries on the laws of England*, t. II, pág. 629, nota 6.

(3) *Lois relatives à la guerre*, t. II, pág. 381.

(4) *Diario de sesiones* de la Cámara Nacional de Senadores, 1869, pág. 165.

(5) *Informe in voce* ante la Córte Suprema en la cuestion de competencia en la causa seguida á los revolucionarios de Setiembre de 1874. « *La Nacion* » de 29 de Mayo de 1875.

manda un ejército, inclinado siempre á la severidad.

Estas opiniones son:

1ª La que sostiene que la ley marcial, no es sinó la ley militar aplicada á los que no forman parte de los ejércitos, pero que por razon de la guerra tienen que sufrir su poder;

2ª La que sostiene que la ley marcial, es la voluntad del jefe del Ejército, sin mas limitacion que las necesidades de la guerra, y los deberes de humanidad.

¿Cuál de estas opiniones está en la verdad? ¿Cuál es la que se ajusta á los principios de buen gobierno, cuál la que responde á las garantías de la libertad civil en medio al desenfreno de la lucha?

La ley marcial, sin duda, no es sinó el imperio del poder militar en el estado de guerra, y hasta donde sus operaciones militares y la seguridad misma de los ejércitos la reclama en su aplicacion á las cosas y á la persona. Nace con la guerra, y está en vigencia y desarrolla todo su poder durante la guerra. Es la ley de la guerra con las limitaciones que los principios del derecho le imponen en el estado actual de la civilizacion.

Pero la guerra no es un hecho uniforme, en tanto se toma como una contienda armada entre diferentes agrupaciones de hombres, y sus reglas varian segun la relacion que deben dirijir, porque en ello consiste precisamente la armonía ó concordancia de las situaciones que se presentan ó se imponen.

La guerra entre Estados diferentes y que gozan de una independencia absoluta, no es lo mismo que la guerra entre fracciones de un mismo Estado, que reconocen una misma soberanía y que se encuentran ligadas por vínculos mas ó menos indisolubles, y por

eso en el derecho se conocen con diferentes nombres. El hecho es el mismo: la lucha armada. La diferencia está en el nombre, y en el alcance de sus leyes respectivas. Y por eso á la una se llama *guerra internacional*, y á la otra *guerra civil.*

Sin embargo, estas guerras que se caracterizan por los sujetos que intervienen, sus medios y sus fines, pueden llegar á confundirse en sus caractéres, y ser regidas por unos mismos principios en sus procedimientos, aun cuando los resultados sean diversos. La guerra civil puede llegar á asumir un carácter internacional, y tomar entónces el nombre de *guerra civil internacional*, presentando las fracciones en lucha todos los atributos de Estados diferentes en cuanto á los Estados neutrales.

Así, mientras dos fracciones de un mismo pueblo se toman en lucha armada, representando la una la autoridad y el gobierno establecido, y la otra una resistencia á esta autoridad, sin una base estable y cierta, estos movimientos armados, no podemos caracterizarlos sinó como una *guerra civil* en que los demás Estados no toman intervencion, desde que para ellos en sus relaciones internacionales, no hay sinó una personalidad que es la representada por el gobierno establecido cuando la insurreccion se produjo, sean cuales fueren los vicios que acompañaran su presencia en el gobierno.

Pero cuando la lucha dura, y toma consistencia, cuando la fraccion disidente ocupa un territorio determinado, presenta fuerzas mas ó menos numerosas y organizadas, y ha formado un gobierno regular con carácter permanente, y capáz de inspirar confianza, entónces existe una verdadera guerra que los demás

Estados están interesados en reconocer como tal, sometiéndola á todas las reglas y principios de una guerra internacional: entónces se dice que hay *una guerra civil internacional.*

Fácilmente se comprende que, en estas situaciones tan diversas, las reglas á observar no pueden ser las mismas, y que aun cuando se trata de una lucha armada, si bien las leyes de la guerra deben dominarla en general, tienen que sufrir modificaciones mas ó menos trascendentales. Salta al mismo lijero exámen que no puede ser igual una lucha entre Estados independientes ó fracciones que asumen este carácter, á otra en que se trata de hacer efectiva una ley de obediencia que se ha jurado y que se pretende desconocer sin un poder capaz de crear otras relaciones.

Así, para estudiar y aplicar las leyes de la guerra, es indispensable tener presente la guerra de que se trata, pues de otro modo fácilmente se incurre en errores de consecuencias funestas; y á nuestro juicio todas las oscuridades y confusiones que se padecen al estudiar la ley marcial, provienen de no haber hecho las distinciones necesarias, distinciones que aclaran su significado y le dan un fundamento mas acabado, quitándole de este modo la odiosidad de sus reglas inflexibles.

La ley marcial es ley de guerra, y como tal su penalidad es severa, y á veces escesiva en relacion con las situaciones ordinarias. No son de estrañarse las resistencias que levantan, sobre todo, cuando la guerra civil sufre sus aplicaciones, y las pasiones no se prestan al dominio tranquilo de la razon. Será asesinato la muerte del bandolero que á la sombra de la bandera de la insurreccion, incendia y mata,

pero la muerte y el incendio que sume en la miseria familias inocentes se tomará como el acto de defensa contra los abusos de la autoridad. Pero todo tiene su límite, y es indispensable examinar hasta dónde domina la voluntad del soberano y hasta dónde la ley á cuyo amparo se cobijan los súbditos.

Estudiemos estas situaciones y véamos cómo y por qué opera la ley marcial.

II

En general, la guerra modifica profundamente las relaciones, no solo entre los Estados beligerantes, sinó aun respecto á los Estados neutrales. Entre los primeros, porque importa la alteracion ó ruptura de toda relacion pacífica; entre los segundos, porque limita el ejercicio de sus derechos en cuanto forman parte de la comunidad internacional. Si la tendencia del derecho internacional, es disminuir estos efectos, la supresion completa será imposible, porque es la consecuencia de la guerra misma.

Pero como los actos bélicos no se realizan aisladamente, y llega un momento en que los ejércitos invaden respectivamente los territorios, la alteracion que se produce tiene que ser tanto mas profunda, cuanto que los intereses de los beligerantes son diametralmente contrarios.

Un beligerante se establece en el territorio del otro, y domina con sus ejércitos una cierta estension. El poder del uno impera en el territorio del otro, y entónces se presenta lo que se conoce en el derecho internacional bajo el nombre de *ocupacion militar*, ó

sea detencion de una parte de territorio por un beligerante, de modo á impedir toda comunicacion con las autoridades del soberano de ese territorio. ¿Cuáles son los efectos de esta ocupacion?

La respuesta depende de la teoría que se acepte á su respecto. Si la ocupacion militar importa una verdadera conquista, la soberanía del ocupante reemplaza la del propietario del territorio ocupado, y entónces dispone plenamente y como soberano en todas las relaciones de los habitantes. Si el ocupante adquiere una casi-soberanía, es decir, soberanía en todo lo que se refiere al ejército y sus relaciones con el territorio y sus habitantes, su poder tiene su limitacion en cuanto se refiera á esa situacion. Si con arreglo á la tendencia moderna de las ideas, la ocupacion es una mera detencion, y sus actos, por lo tanto son únicamente incidentes de las hostilidades, de modo que las relaciones entre los habitantes y su soberano solo están interrumpidas pero no perdidas, entónces los principios generales de la guerra dominan, y la necesidad limitada por los principios de humanidad, son la norma de su accion y de la ocupacion.

No debemos ocultar nuestras simpatías por esta última solucion que es la de los Estados pequeños y de los escritores liberales, no obstante que no se pueda afirmar que sea la de los grandes Estados que se inclinaron hasta mediados del siglo XVIII á la primera, y que hoy ponen en práctica la segunda. Pero veamos sus consecuencias al punto que en este momento nos ocupa.

Casi todos los Estados tienen un Código de justicia militar, y en él se prevee con mas ó menos estension el caso de una ocupacion militar, es decir, el caso en

que el ejército se encuentre en posesion de un territorio enemigo, y tenga que entrar en relaciones con los habitantes de ese territorio. Sin embargo, son casi siempre reglas generales, que no pueden servir para resolver la variedad de conflictos que tal hecho produce, y hay que recurrir á nuevas disposiciones, una vez que los principios del derecho internacional á este respecto no tienen aun una aceptacion general. (1)

El conjunto de esas disposiciones en tanto preveen y castigan los hechos punibles que se producen en las relaciones del ejército ocupante con los habitantes del territorio, es lo que se ha llamado *el derecho penal de la guerra.* La ocupacion militar le dá nacimiento, se pone en vigencia por las órdenes generales de los gefes de los ejércitos, y se diferencia del derecho penal militar en cuanto este comprende esclusivamente á las fuerzas militares.

Producida, pues, la ocupacion se impone á los habitantes una neutralidad de hecho, cuya violacion se castiga por los tribunales del ocupante que son tribunales militares, llámense consejos de guerra, córtes marciales, ó comisiones militares. Y el derecho penal de la guerra que es la ley aplicable, y que se administra por aquellos tribunales, no es otra cosa que la ley marcial del derecho internacional.

Pero es posible que suceda que á consecuencia de la invasion y de la ocupacion, el territorio ocupado

(1) A consecuencia de la guerra de 1870 entre Francia y Alemania que trajo la ocupacion militar de Alsasia y Lorena, se ha discutido si el ocupante puede dictar disposiciones especiales para preveer los casos no previstos en su Código militar ó en los principios de la guerra generalmente aceptados. Véase: Morin, t. II, Capítulo XXI. *Revue de droit international,* 1873, págs. 84 y siguientes.

haya sido totalmente abandonado por sus autoridades en todos los ramos de la administracion, y el ocupante se vea en el caso de proveer á esta dificultad. La situacion, entónces varía, desde que hay la necesidad de llenar nuevas exigencias; y la ley marcial puede adquirir una estension irregular en cuanto á los caractéres que generalmente la distinguen, en cuanto se suelen comprender en ella los gobiernos militares, que son la consecuencia de tal situacion.

Sin embargo, podemos decir que en la guerra internacional, la ley marcial es imprescindible por la naturaleza de las relaciones que crea; que solo se aplica como un derecho penal de la guerra en cuanto á los hechos, que producidos por los habitantes, afectan de cualquier modo el ejército ocupante, sin inmiscuirse para nada en las relaciones de la vida civil de los habitantes entre sí, que es de regla mantenerse; y que en este sentido ha podido decirse por Wellington y puede repetirse por los escritores, que no es una ley sinó la voluntad del Gefe militar, en tanto llega hasta determinar las infracciones y las penas que no se han previsto en el Código penal militar y que las leyes de la guerra autorizan, segun los principios del derecho internacional. (1)

III

Bajo esta denominacion pueden presentarse dos situaciones diferentes como antes lo hemos esplicado:

(1) Halleck, t. I, pág. 499. —*Wheaton by Boyd*, pág. 413. —Bluntschli, art. 569 y siguientes.—Hall, *On international law*, pág. 393.—Field, *Outlines*, art. 724. — *Opinions of Attorneys general*, t. VIII. —Ives, *Military law*, pág. 10. — *Revue de Droit international*, 1873, págs. 69 y siguientes. — Morin, t. II, cap. XXI. 2 Black, 635, *Prize Cazes.*

1ª Una simple insurreccion que no adquiere un carácter estable, y que no ha alcanzado el poder suficiente para alterar las relaciones de sujecion entre la autoridad constituida y los insurrectos;

2ª Una insurreccion que tomando el carácter de una guerra internacional, establece relaciones de beligerante entre la autoridad y la fraccion en armas, y entre ambos y los demás Estados que forman la comunidad internacional.

La segunda situacion no puede ofrecer dificultad. La lucha se ha convertido en una lucha de dos Estados, y todos sus incidentes se rijen por las leyes de la guerra. La ley marcial se lejitima como una consecuencia indispensable respecto á la autoridad que la pone en vigor; y no es necesario buscar su orígen, ni su reglamentacion en el juego regular de las instituciones internas. Hay enemigos mas que súbditos, y como tales son tratados los individuos y los pueblos que voluntariamente se han colocado en tal situacion.

El ejemplo mas palpitante de una situacion de esta naturaleza se ha presentado en la guerra de secesion que se produjo en 1861 en los Estados Unidos. Los insurrectos fueron enemigos, tuvieron las condiciones de beligerantes, y sometidos á la ley marcial sufrieron sus consecuencias, aplicada por los tribunales militares, quedando durante su reconstruccion bajo los gobierno militares. Las Instrucciones para los ejércitos de los Estados Unidos de América en campaña, son la comprobacion mas evidente.

Es la primera situacion la que ha ofrecido y ofrece las mayores dificultades, así como la que ha dado lugar á todas las grandes confusiones de que es dificil salir sin un estudio detenido. En ella misma, puede

tratarse de la aplicacion de la ley marcial en el lugar mismo de las operaciones militares, ó en un lugar diferente, y en que se encuentren individuos que apoyen directa ó indirectamente la insurreccion; y entónces las dificultades aumentan.

Estudiemos los antecedentes para darnos cuenta exacta de todas las diversas aplicaciones.

En Inglaterra la ley marcial ha sido objeto de detenidos debates, pronunciándose á su respecto sus primeros pensadores, mas que sobre su existencia misma como compatible con sus instituciones liberales, como una facultad inherente á la Corona ó solamente al Parlamento.

Despues de las viejas querellas que sirvieron para las grandes conquistas alcanzadas sucesivamente en favor del gobierno propio, y en que desaparicieron todos los temores de los ejércitos permanentes y sus leyes militares, la ley marcial, como ley de guerra y durante la guerra, ha obtenido la opinion de sus mas celebres escritores. Pero no así, cuando se ha tratado de aplicarla fuera del lugar de las operaciones militares y á indivíduos que se han encontrado en lugares donde las Córtes ordinarias funcionaban regularmente.

La insurreccion de Jamaica en 1865, y la muerte de Gordon, decidida por los consejos de guerra formados á consecuencia de la proclamacion de la ley marcial, motivó en los últimos tiempos la esposicion mas completa á este respecto; y si bien los causantes fueron absueltos por el jurado, ha prevalecido la opinion de que la ley marcial solo se justifica cuando en los actos de guerra la necesidad misma de la guerra la reclama.

La historia de Inglaterra rejistra en sus anales numerosas aplicaciones, y aun disposiciones de estatutos que hacen referencia ó se ocupan de la ley marcial en su territorio ó en las colonias; pero al someterlas á estudio es indispensable tener presente que en los primeros tiempos esta se confunde con la ley militar, que aun ni al ejército mismo rejía durante la paz, y que actualmente solo se toma como una medida de guerra, y en las colonias segun la situacion especial en que se encuentran. (1)

Los Estados-Unidos heredaron de la Inglaterra sus prevenciones contra todo lo que fuera la fuerza pública y su reglamentacion, como un medio de posible opresion para el pueblo y de peligro para el porvenir de las instituciones libres; y así cuando vinieron á la vida independiente, todos los Estados tuvieron cuidado de establecer en sus respectivas constituciones, como máxima de buen gobierno, que el poder militar debía estar sometido al poder civil, realizando una de las quejas que habian servido para la revolucion: que la Gran Bretaña habia «pretendido convertir el poder militar en independiente y superior al poder civil».

Con estos antecedentes fácil es comprender que la ley marcial tendría que encontrar en todo tiempo sérias resistencias aun en los momentos difíciles, pues preocupaciones de esta naturaleza, que reconocen su fuente en los agravios sufridos por la mano de los usurpadores, no desaparecen sin dificultad, y mucho

(1) Forsyth, *Cases and opinions*, pág. 207. — Cockburn, *The queen v. Nelson and Brand,* donde se hace un completo estudio. — Filanson, *On martial law.*

menos, cuando los abusos pueden hacerlas revivir en el instante menos pensado.

Sin embargo, la historia de los Estados-Unidos rejistra diferentes casos de aplicacion de la ley marcial en su territorio, sea antes ó despues de la adopcion de la Constitucion; y en ellos se demuestra la repugnancia que ella les merecía por un lado, y por otro cómo las necesidades á que obedece su proclamacion debian hacer vencer esa repugnancia, aunque fuera su aplicacion llena de dudas é incertidumbres.

Así, en 12 de Junio de 1775 y durante la guerra de Independencia, el general Gage, gefe de las fuerzas inglesas, declara la ley marcial en Boston; en 7 de Noviembre del mismo año, Lord Dunmore la declara en la Virginia; durante la guerra, Washington aplica la ley marcial en los casos de André y de Hett Smith; en 1787, cuando la rebelion de Phay en Massachussets, si bien las órdenes al general Lincoln, eran que debia considerarse en todas sus operaciones como bajo la direccion de los oficiales civiles, establecian la escepcion, «salvo cuando alguna fuerza armada se le opusiese estando en marcha para la ejecucion de dichas órdenes»; en 1815 el general Jackson ponía preso en Nueva Orleans á un juez, en virtud de la ley marcial, pero desapareciendo esta, el mismo juez le imponía una multa, que mas tarde el Congreso devolvía, declarando haber sido injustamente aplicada; en 1846 durante la guerra con Méjico, la ley marcial imperó sin contradiccion; y es durante la guerra de secesion que ha tenido sus mayores aplicaciones y en que ha sufrido una discusion completa.

Para los Estados-Unidos no es ya una cuestion la

existencia de la ley marcial durante el Estado de guerra. Ella es la ley de guerra, ó mas bien la regla de la guerra, y siempre que la guerra exista, existirá ella como una consecuencia necesaria que encuentra en la Constitucion su apoyo, en virtud de los poderes de guerra que confiere.

Sus escritores, como los de Inglaterra así lo han reconocido, pues aquellos mismos que la han combatido no han dejado de admitir que es legítima en el estado de guerra. Lo mismo ha sucedido con los tribunales. Pero tanto unos como otros han reconocido tambien que si la ley marcial no puede ser rechazada, ella solo impera cuando los tribunales de justicia están cerrados y solo la autoridad militar es la que queda en pié, por medio de sus comisiones militares y sus gobiernos militares. (1)

En la República Argentina la ley marcial no tiene antecedentes que determinen un criterio seguro para conocer su valor ante el réjimen constitucional y los principios.

Ley de guerra, ella ha podido presentarse en las grandes conmociones que venimos sufriendo desde nuestra emancipacion de la España; pero cuando la anarquía domina y los instintos de las masas incultas se despiertan en medio del caos que produce, los derechos individuales tienen poca importancia, y siendo desconocidos en su esencia, poco vale la

(1) Ives, pág, 11. — Pomeroy, pág. 478. — Whithing, págs. 213, 234 y 243. — Bumps, pág. 247. — *Opinions of Altorney general*, t. VIII, pág. 365; t. XII, pág. 128; y t. XI, pág. 413. — Lawrence, t. II, pág. 114. — Kent, *Const.*, t. I, pág. 341 y Howard, *Luther, v. Borden* (Curtis, t. XVII, pág. 2) 4 Wallace, pág. 2, Ex parte Milligan, 2. Otto, 526, *United States v. Dickelman.*

forma, aun cuando en ella se encuentra su verdadera garantía.

Nuestras luchas han dado lugar á muchos errores y á muchos abusos que han quedado olvidados unos, ignorados y sin castigo otros; y cuando buscamos los antecedentes de ciertas garantías que vamos recien aprendiendo á defender, tenemos que cerrar los ojos, no obstante encontrar bellas palabras, adelantadas disposiciones que los caudillos y los déspotas trataron siempre de no cumplir.

Nuestro Parlamento recien llegó á ocuparse de esto en 1869, durante la Administracion Sarmiento, quizá mas como arma de partido, que con el verdadero móvil de discutir principios para encarrilar la opinion del país, si es que se habian estralimitado las facultades del Poder Ejecutivo y de las fuerzas á sus órdenes. Es verdad que son pequeños objetivos los que generalmente suelen producir movimientos inesperados y de consecuencias de inmensa trascendencia.

Las provincias de Cuyo eran víctimas de algunas montoneras que si bien tomaban un carácter político, eran mas bien una reunion de bandoleros que atentaban contra la propiedad y la vida de los habitantes indefensos, sea cual fuere el partido á que pertenecieren. Habiendo sido tomado prisionero por las fuerzas de la Nacion, uno de sus mas famosos cabecillas, llamado Zacarias Segura, el General Arredondo lo sometió á un Consejo de Guerra, y sentenciado á muerte fué pasado por las armas.

La prensa tomó conocimiento del caso, y acusó al Gobierno de haber cometido un acto ilegal y arbitrario, haciéndolo responsable de todas sus consecuen-

cias. En la Cámara de Senadores del Congreso se inició una interpelacion al Ministerio por el Senador Zavalia. El Ministro de la Guerra espuso que el fusilamiento de Segura se habia ejecutado en virtud de órdenes del Poder Ejecutivo; y tanto el Ministro del Interior como el de Relaciones Esteriores sostuvieron su legitimidad con arreglo á las leyes de la guerra, y á la legislacion penal vigente, (Ley Recopilada de 1784). Se discutió el punto y aunque en otras sesiones se pidieron los antecedentes, ninguna resolucion fué tomada por el Congreso. (1)

Mas tarde, y en el mismo año de 1869, con motivo de una intervencion llevada á la Provincia de San Juan, el Senador Mitre recordó el fusilamiento de Segura, estableciendo que habia sido *un verdadero asesinato.* Estudió la ley marcial que afirmaba haberse establecido por el artículo 3° del Decreto de 4 de Marzo de aquel año, discutió la ley de 1784 en cuanto á su objeto y su vigencia en la legislacion del país, y esponiendo los antecedentes ingleses y americanos, concluyó condenándola como un medio de gobierno en presencia de nuestras instituciones.

El Ministro del Interior sostuvo que el fusilamiento de Segura, se habia hecho en virtud de leyes que concordaban con los principios del derecho gentes, citó para comprobarlo los procederes de Wellington en España y los del Gobierno Americano al someter á los asesinos de Lincoln á la justicia militar, de acuerdo con el dictámen del Procurador General Speed; y negó que la Provincia de San Juan se hubiera puesto bajo la ley marcial, á no ser que se cofundieran

(1) *Diario de Sesiones* de la Cámara de Senadores de 1869.

las leyes militares ordinarias con la ley marcial, que ni habia sido nombrada siquiera.

El Ministro de Relaciones Esteriores estableció que la ley marcial era la ley de la guerra; que habia existido en la Provincia de Buenos Aires siempre que se habia declarado en estado de Asamblea; que el Decreto de 4 de Marzo no importaba la ley marcial, sinó la ley militar, puesto que se trataba de Guardias Nacionales movilizados que debian someterse á ella, siguiéndose asi la doctrina sostenida por todos los gobiernos; y que Segura no habia sido ejecutado en virtud de la ley marcial. El Ministro de Instruccion Pública, rebatió los argumentos del Senador Mitre, haciendo notar que la ley marcial tenia su orígen en Roma, y que se habia confundido con la ley militar; que el fusilamiento de Segura no era en todo caso un asesinato, porque este importaba el homicidio perpetrado con alevosía, y aquel habia sido juzgado por un Consejo de guerra; y que Blackstone, citando un antiguo historiador, solo dice que la ejecucion de un hombre en virtud de las leyes militares *en tiempo de paz* es un homicidio. (1)

Tampoco hubo resolucion alguna en esta discusion que pudiera servir de precedente legal, quizá porque fué mas bien un nuevo incidente que no afectaba el fondo de la cuestion, en que fué vencida la mayoría de de la Comision de Negocios Constitucionales de la que era miembro informante el Senador Mitre.

Desgraciadamente, cuando en 1874 la Córte Suprema debiera haberse manifestado al respecto, incidentes

(1) Esta discusion fué publicada por separado. Véase en esta publicacion las págs. 35, 132, 242 y 378.

especiales hicieron que este tribunal no creyera resolver el punto. La insurreccion de Setiembre de 1874, dió lugar á que los militares complicados en ella fueran sometidos á Consejos de guerra. Negada la Competencia de estos, se recurrió á los tribunales federales. El Juez de seccion se declaró competente, siendo apelada esta resolucion; y ante la Córte el Procurador General Dr. Pico la sostuvo, y el Dr. Moreno, abogado de uno de los procesados informando en derecho estudió la ley marcial en su carácter y en su oríjen; pero la Córte, como dije ántes, no se creyó en el caso de resolver sobre el fondo del asunto.

He ahí algunos de nuestros precedentes.

IV

Ante todo, la ley marcial no puede ser confundida con la ley militar. La primera es la ley de la guerra que obedece á principios especiales puesto que lejisla para una situacion tambien especial: establece las reglas á que deben someterse las relaciones de los beligerantes, y mas que esto, las relaciones de estos con los demás habitantes del teatro de la guerra.

La segunda es la ley ordinaria del ejército y que rije á todos los que forman parte de él, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra; y si bien entre sus disposiciones se suelen comprender las de aquella, no es su objeto primordial, ni le quita su carácter. Una ley de escepcion ó regla de escepcion (los tribunales americanos la designan con el nombre de regla marcial, *martial rule*), y cuando es proclamada, segun

Webster, (1) la tierra se convierte en un campamento, y la ley del campamento es la ley de la tierra; la otra es ley ordinaria que lejisla para todo momento y para todas las circunstancias en que la fuerza pública se encuentra.

La ley militar y la ley marcial, dice Cooley, han sido frecuentemente confundidas, aunque la distincion entre ellas es sencilla y clara. La ley militar es aquella parte de la ley interna prescrita por el gobierno como regla de conducta para los ciudadanos en su carácter de soldados. Es administrada por tribunales militares y está igualmente en vigor tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra; pero no invalida las leyes civiles por las que el soldado está sujeto al mismo juicio y castigo de los particulares. La ley marcial es definida, como la regla y autoridad militar que existe en tiempo de guerra, y que se confiere por las leyes de la guerra con relacion á las personas y á las cosas, bajo y dentro del lugar de las operaciones militares activas ejecutadas en la guerra y que estingue y suspende los derecho civiles, y las acciones que en ellos se fundan por el tiempo que aparezca ser necesario para el pleno cumplimiento de los fines de la guerra. Es la aplicacion del gobierno militar, del gobierno de la fuerza, sobre las personas y la propiedad en el lugar de aquellas, de acuerdo á las leyes y usos de la guerra, con esclusion del gobierno municipal en todo caso, y en tanto pueda alterar la eficacia de la ley ó de la accion militar. (2)

Hay tres cosas, dice Pomeroy, que llevan nombres

(1) *The works of Daniel Webster*, t. VI, pág. 240.

(2) *Notas á Blackstone*, t. I, pág. 412, nota 7.

relativos, pero que nada tienen de comun, y debe ponerse cuidado en distinguirlas. La *ley militar* es el Código de leyes para el gobierno del Ejército y Armada; es una parte del derecho civil aplicable á una pequeña porcion del pueblo empleada en un servicio especial; es sancionada por el Congreso y ejecutada por el Presidente; las personas civiles están por los términos mismos de la Constitucion fuera de su alcance. El *gobierno militar*, es la autoridad por la cual un gefe gobierna un distrito conquistado, cuando se han derrocado las instituciones locales, derribado los gobernantes, y antes que el Congreso hubiese legislado sobre presas ó sobre el gobierno de los territorios. *Ley marcial* es algo muy diferente. Obra dentro de los límites del país contra personas civiles, que abiertamente no se hallan alistadas como beligerantes en las fuerzas de una invasion ó una rebelion enemiga; cuando se pone en ejercicio debe ser como una concomitancia de la guerra. (1)

Halleck afirma que tanto las leyes inglesas como sus comentadores generalmente confunden la ley marcial con la ley militar, y arrojan por lo tanto poca luz sobre aquella, considerada como un acto interno. «La ley militar en los Estados Unidos, dice, consiste en las reglas y artículos de guerra, y otras disposiciones para el gobierno de las personas militares,» á lo que se puede agregar las leyes no escritas sobre «el uso y costumbre del servicio militar». La *ley marcial* existe solo en la guerra y se origina en las necesidades militares. No deriva su autoridad de la ley civil, ni es aplicada por los tribunales civi-

(1) *Constitutional law*, § 712.

les, porque sus reglas suspenden y reemplazan ambos. Es por su naturaleza un poder arbitrario y se estiende á todos los habitantes del distrito donde se encuentra en vigencia». (1)

¿Pero es aplicable la ley marcial, ó mas bien, puede ser aplicada á las conmociones internas en presencia de nuestras disposiciones constitucionales? Creemos que sí, siempre que se limite á su verdadera interpretacion, es decir, siempre que se trate de un estado de guerra y en las operaciones mismas de la guerra, desde que como una medida de guerra se encuentra en los poderes que á este respecto concede la Constitucion.

Se ha afirmado alguna vez por uno de nuestros primeros hombres de Estado, (2) en presencia de condenaciones ejecutadas por tribunales militares que ellas eran un verdadero asesinato, porque Eduardo Coke habia manifestado esto: « si un lugar teniente ú otro, munido de comision ó autoridad militar, ahorca ó de otra manera ejecuta en tiempo de paz á un hombre so color *(by color)* de ley marcial »; Blackstone (3) lo habia repetido; la convencion de Maryland habia proclamado en 1788 que siendo contrario á la Magna Carta castigar á un hombre libre con la ley marcial, era asesinato ejecutarlo. (4) Pero fácil es concebir que tales hechos no pueden servir de punto de partida para resolver la lejitimidad de la ley marcial, desde que

(1) *International law,* t. I, pág. 499. — Véase tambien: Kent, *Com.*, t. I, pág. 364, núm. 341.—*New American Cyclopedia,* t. II, verb. *martial law.* — Paschal, pág. 265.

(2) Mitre. *Cuestion San Juan.*

(3) *Comm.* lib. 1°, cap. 13.

(4) Elliot, *Adress,* t. II, pág. 552.

aquellas opiniones se refieren á la aplicacion de la ley militar en tiempos tranquilos y cuando los tribunales funcionan libremente, mientras que aquella es la ley de la guerra, de la necesidad en el territorio ocupado por los ejércitos y hasta donde su seguridad lo requiere. (1)

Admitida le ley marcial, no como una medida ó regla ordinaria de gobierno, sinó como la consecuencia misma de un estado de guerra, ya en territorio estranjero en una guerra internacional ó civil territorial en que es indispensable buscar la seguridad del ejército en sus propias fuerzas, y donde los tribunales ó no existen y si existen no son el medio eficaz para conseguirlo; ya en una guerra civil cuando los tribunales están cerrados, y su ejercicio regular interrumpido, ó se trata de actos que afectan directamente á las operaciones militares, estando aquellos abiertos, entónces decimos, esa regla escepcional que nadie puede aceptar en el juego regular de las instituciones libres no puede ser combatida. Si en una invasion estranjera, ha dicho la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso de Milligan, ó en una guerra civil las Cortes están cerradas, y es imposible administrar la justicia criminal conforme á derecho, entónces, en el teatro de las operaciones militares donde verdaderamente prevalece la guerra, hay necesidad de establecer un reemplazante de la auto-

(1) El Justicia Mayor Cockburn, en el estudio que hemos citado alguna vez, esplica las opiniones de Coke y Blackstone, haciendo notar que cuando estos escritores hablan de la ley marcial se refieren á la ley militar, puesto que en ese tiempo no se hacia tal diferencia en Inglaterra, ni tenia aquella la interpretacion que la lejislacion y la jurisprudencia modernas le han dado. The Queen, v. *Nelson and Brand,* pág. 99.

ridad civil así derrocada, que cuide de la seguridad del ejército y de la sociedad; y como no queda otro poder que el militar, se permite gobernar por la ley marcial hasta que las leyes adquieran su libre imperio. Como la necesidad crea la ley, así limita tambien su direccion; puesto que si este gobierno continúa despues del restablecimiento de los tribunales es una grosera usurpacion de poder. La ley marcial no puede existir jamás cuando los tribunales están abiertos y en el ejercicio regular y no interrumpido de su jurisdiccion. (1) Y Pomeroy criticando en parte estas conclusiones que parecen confundir la ley marcial con la ley militar, olvidando que aquella no es en sentido verdadero un procedimiento judicial ó un medio de ejecutar las leyes civiles, sinó un sistema de hacer la guerra, agrega: «Un ciudadano civil que no tenga concesion alguna, como belijerante, en el órden de las hostilidades, que obrase como espía de los movimientos, operaciones y preparaciones militares, podría ser tomado, juzgado y castigado por ajentes militares. La esplicacion de esta regla reconocida, es sencilla y clara. Un espía interviene directamente en el procedimiento que se sigue para hacer la guerra; pone en peligro el resultado de grandes campañas; hace dudoso el resultado final de la lucha; obra en el derecho como un enemigo, y puede ser tratado como un enemigo, y como un enemigo pierde toda proteccion civil, aunque su delito pudiera tambien considerarse como una traicion. Esta esplicacion pue-

(1) 4. *Wallace* R. 2. 127. La minoría encabezada por el Presidente fundó su voto, discordando en cuanto al derecho del Congreso para someter á la ley marcial los indivíduos que se encontraran, fuera del lugar de las operaciones de la guerra.

de servir para indicar las ocasiones en que el Presidente puede recurrir á la ley marcial y los límites que tiene al ejercerla. Siempre que un ciudadano ó estranjero civil, se ocupa de actos, que directamente intervienen con el modo de hacer la guerra, que directamente afectan á los movimientos y operaciones militares, y que, por tanto, tienden á impedir y destruir su favorable resultado, y cuando, por tanto, esos actos son algo mas que meros designios sediciosos ó traidores, ó atentados contra el gobierno civil existente, el Presidente como Comandante en Gefe, puede tratar á esa persona como á un enemigo y arrestarlo, juzgarlo y castigarlo de una manera militar, aunque los tribunales civiles estén abiertos, y aunque su delito pueda ser de sedicion ó traicion, ó aunque, tal vez, no esté reconocido como crímen por el código civil». (1)

Pero examinada la aplicacion de la ley marcial bajo el punto de vista del derecho público interno, y en caso de una guerra civil ¿puede decirse que suspende los efectos de las prescripciones constitucionales, de la constitucion misma? Si la constitucion no fuera sinó el conjunto de reglas que dirijen las relaciones políticas y civiles de la nacion en el estado normal, en el estado de paz, sería exacto el afirmar que ella desaparece cuando la guerra se pronuncia con todo su réjimen escepcional, como son escepcionales las medidas á que aquella da lugar; pero siendo ella la ley suprema, tanto durante la guerra como durante la paz, proveyendo á todas las necesidades que pueden presentarse en el gobierno de la nacion en las diversas modificaciones que los actos tanto esternos como

(1) *Constitutional law*, pág. 478, § 714.

internos imprimen en el órden natural de los acontecimientos de su existencia, no puede afirmarse su desaparicion sin afirmar tambien que el caos se ha entronizado, y que en medio de la lucha de los elementos contrarios no existe sinó el arbitrario y el derecho de la fuerza en todos y cada uno de sus habitantes.

La ley internacional que en caso de guerra contribuye al establecimiento de la ley marcial no es una ley fuera de la constitucion, porque esta se ha colocado en la organizacion de un pueblo que no vive en el aislamiento de los tribus errantes, sinó en medio de las relaciones con otros pueblos cuyos intereses pueden encontrarse en pugna, y que solo reconocen un medio de salvar ó resolver las dificultades que levantan. Considerarla de otro modo, considerarla como una ley que no tiene mas alcance que sus relaciones internas, sería juzgarla como el resultado de una imprevision sin ejemplo, que las naciones civilizadas tendrian cuidado de rechazar; sería la desorganizacion de la nacion como fruto de la ignorancia ó del atrazo, cuando precisamente su existencia es mas indispensable. La ley internacional está incorporada á la constitucion, y las prescripciones que esta establece, tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, son su regla fundamental cuando se trata de relaciones en que los poderes estraños tienen que intervenir activa ó pasivamente, lo uno cuando la guerra es internacional, lo otro cuando la guerra es civil territorial. (1)

La constitucion, dice Tiffany, es en sí misma una

(1) Véase Whitting. *Poderes de guerra*, cap. 2°, págs. 61 y siguientes.— Webster, *Works*, t. VI, pág. 122. — *Opinions of Altorney General*, t. I, pág. 27; t. II, pág. 299. — Este punto ha sido tratado en el primer tomo. de mi tratado de derecho internacional, pág. 174.

órden de gobierno, esto es, una órden que instituye un gobierno para la nacion en tiempos de guerra lo mismo que en tiempos de paz. Tiene en consideracion la guerra y la paz. Provee al ejercicio de los poderes de guerra en tiempos de guerra, tan plenamente como al ejercicio de los poderes de paz en tiempos de paz. Es tan esplícita al definir los deberes y poderes del gobierno que han de ejercerse y administrarse en un tiempo como en otro. El Congreso obra tan constitucionalmente declarando la guerra, y tomando las medidas necesarias para llevarla á cabo, como cuando impone y colecta contribuciones, acuña moneda, ó establece postas y correos, ó ejerce cualquier otro de los poderes de paz de la constitucion... La constitucion tiene en vista la existencia posible de la guerra con todas sus ásperas realidades, y ordena bajo sus disposiciones una administracion de autoridad conveniente á sus exijencias. En tiempos de paz espera que el Congreso ejercerá solamente los poderes de paz, salvo acaso en cuanto pueda ser necesario precaverse del accidente de guerra, aprestándose para ella toda vez que puede sobrevenir. En tiempos de paz el Presidente es el simple gefe ejecutivo y presidencial de la nacion; y pocas veces tiene ocasion de ejercer sus poderes militares como comandante en gefe. En tiempo de paz el ciudadano debe estar seguro en el goce de su libertad y derecho civiles, de acuerdo á las formas y usos de ley establecidos... Pero la constitucion tiene en vista la necesaria suspension por un tiempo y en ciertas localidades, de las funciones civiles del gobierno, á fin de que los poderes marciales del mismo pueblo puedan ser ejercidos eficazmente para la seguridad y bienestar de la nacion. Que los poderes mar-

ciales pueden ser ejercicios, cuando á juicio de las autoridades competentes, es necesario para la seguridad de la nacion, están realmente conforme con las disposiciones de la constitucion, como lo es el ejercicio de los poderes civiles en tiempos de paz. (1)

No tememos, pues, la ley marcial cuando es ejercida en los momentos y en el límite que las leyes mismas de la guerra le prescriben. La justicia militar con sus tribunales militares, con sus consejos de guerra, cortes marciales ó comisiones militares, como son llamados por el reglamento americano, no se administra á la voluntad del que manda, sinó siguiendo las reglas que de antemano se han establecido, reglas que aunque severas deben tener en vista los dos principios que dominan todas las leyes de la guerra, el de la necesidad y el de la humanidad. « La jurisdiccion militar reposa sobre dos bases fundamentales segun el reglamento americano, dice Bluntschli, la constitucion, de la que las autoridades militares del país tienen sus poderes, y el derecho internacional que castiga ciertos culpables no solamente por las leyes del país, sinó segun las leyes universales de la guerra». « Los consejos de guerra no deben proceder arbitrariamente y con pasion: están obligados á respetar las leyes fundamentales de la justicia. Deben en particular dejar á los acusados la facultad de defenderse libremente, no recurrir á la violencia, establecer con cuidado aunque sumariamente el cuerpo del delito, y no imponer al culpable sinó una pena proporcionada á sus actos. Pero no están obligados á respetar estrictamente las leyes ordinarias del procedi-

(1) *Gobierno y derecho constitucional*, § 443, pág. 285.

miento ». « Si el nombramiento de los consejos de guerra tiene lugar de acuerdo con la constitucion del país, y con los reglamentos militares de los diferentes Estados, los principios espuestos tienen un alcance general y universal; si no fueren respetados, la ley marcial cesaría de ser una ley: sería la espresion directa del desórden de las pasiones». (1)

V

Sin embargo la ley marcial no necesita ser proclamada: justificada solamente por una absoluta necesidad, cuando esta existe puede ser ejercida sin proclamacion prévia, aunque bajo la responsabilidad del que la impone. (2) Si un general ó comandante en gefe tiene el derecho de imponer la ley marcial, dice Field, á los que no son parte de su ejército, puede hacerlo con ó sin proclamacion: el único propósito que debe tener es dar noticia del hecho. Hay casos, sin embargo, en que un general puede usar de la fuerza para otros propósitos que para compeler á la sumision al ejército contrario, y á la obediencia en el suyo. La máxima que da la razon y la estension del poder es *Necessitas quod cogit defendit*. «Esta es una máxima no peculiar solamente á los militares, sinó á todos los demás, bajo ciertas circunstancias. Un particular puede echar abajo una casa, para evitar la comunicacion del fuego; pero esto no es como bombero, sinó porque la necesidad lo requiere. En efecto, la máxima no está limitada en su aplicacion á las necesidades de la guerra y

(1) *Droit international Codifié*, articulo 548 y su nota.
(2) Bluntschli, art. 539. Lieber, Instrucciones, art. 1°.

de una conflagracion. Un motin, pronunciándose en una guarnicion, puede hacer necesario para su dominacion, actos que en otro momento no serian justificados. En todos estos casos, sin embargo, el indivíduo, obrando bajo la presion de la necesidad, real ó supuesta, obra bajo su responsabilidad. El caso debe ser juzgado por córtes y jurados, donde quiera que los actos y la necesidad alegada sea puesta en cuestion». (1)

La declaracion, pues, de la ley marcial, aun en su propio país, es un mero anuncio, y no la creacion del hecho. (2) Cuando la ley marcial es proclamada bajo circunstancias de reconocida necesidad, la proclamacion debe mirarse como la representacion de los hechos, así como en una ciudad sitiada, el estado de sitio existe legalmente, porque la ciudad está sitiada y la proclamacion de la ley marcial en tal caso es solamente la noticia y autenticacion del hecho de haber sido la autoridad civil de suyo suspendida por la fuerza de las circunstancias, y de haber por el mismo hecho recaído el poder militar en ella. (3)

VI

Los cónsules de las naciones americanas y europeas no teniendo carácter diplomático ó no siendo considerados como ajentes diplomáticos, están sujetos á la ley marcial en los mismos casos, y en la misma estension que lo pueden estar las otras personas. (4) Sin

(1) OUTLINES. Nota al art. 725. Argumento en el caso de *Milligan. Washington Reporter*, Mayo 7 de 1866.

(2) HALLECK. *International law*, pág. 372, § 24.

(3) *Opiniones de los Procuradores Generales*, vol. VIII, pág. 373.

(4) FIELD, *Outlines*, art. 726.

embargo ni su cancillería ni sus personas sufrirán sus efectos sinó cuando la necesidad lo exija; pero toda infraccion que cometieran contra el gobierno militar establecido puede ser castigado como si tuviese por autor un simple ciudadano, y esta infraccion no puede servir de base á una reclamacion diplomática. (1)

(1) Lieber, *Instrucciones*, art. 8.

CAPÍTULO V

EL ESTADO DE SITIO

SECCION 1ª

NOCIONES GENERALES É HISTORIA DEL ESTADO DE SITIO

I

«La ley militar impera, ha dicho Rawson, allí donde la Provincia se convierte en campo militar»; y acabamos de ver en el capítulo anterior que tal es la consecuencia del réjimen escepcional que crean las situaciones de fuerza.

Pero esto no siempre se produce. El gobierno por la ley marcial no es normal: es un estremo que se presenta cuando el ejercicio de la ley comun no es suficiente para conjurar la tormenta, y el Estado se vé en un peligro inmenso de ser envuelto en la vorájine de las pasiones anárquicas. No es el desgobierno, no es la arbitrariedad, pero es la aplicacion de reglas severas, es la sumision sin observaciones, es el procedimiento breve y sumario, que arranca á la justicia ordinaria su imperio y absorbe los tribunales comunes.

Entre el estremo de la fuerza y el estremo de las garantías de un órden social regularmente consti-

tuido, hay un término medio que participa de los dos procedimientos, y consulta perfectamente la situacion que crean los sucesos. Ese término medio se llama *Estado de sitio*, como una espresion convencional, en todos los Estados de la raza latina, y principalmente en todos los de la América Meridional.

¿Qué se entiende por *Estado de sitio*, ó cuando se dice que un Estado se encuentra en *Estado de sitio*? La definicion es tanto mas difícil cuanto las palabras empleadas no responden precisamente al objeto á que se aplican ó al fin que con ellas se busca.

Estado de sitio, podemos decir, es aquel estado en que se encuentran suspendidas las garantías constitucionales en caso de una conmocion interior ó un ataque esterior, permaneciendo los tribunales de justicia en el libre ejercicio de su jurisdiccion ordinaria. (1)

II

Se diferencia del *habeas corpus*, ó mas bien de la situacion creada por su suspension, en que siendo este una garantía personal se encuentra comprendida en el *Estado de sitio* (2); del *estado de Asamblea*, en que este importa la convocatoria de todas las milicias y la aplicacion de la ley militar á todos lo que se hallan

(1) Véase MORIN, *Repertoire*, verb. *Etat de siége*. BLOCK, *Dictionnaire politique*, verb. *Etat de siége*.

(2) Véase el Capítulo 3°—RAWSON. *El estado de sitio segun la Constitucion Argentina*, pág. 18. — ALBERDI, en el artículo 28 de su *Proyecto de Constitucion*, parece aplicar las palabras estado de sitio al sitio real y efectivo en caso de guerra, pues, dice: «.... queda suspenso el imperio de la Constitucion *dentro de su recinto*.» *Organizacion*, t. I, pág. 178.

con las armas en la mano (1); de la *ley marcial*, en que esta solo subsiste cuando los tribunales ordinarios están cerrados, ó estando abiertos se juzgan actos que afectan las operaciones militares (2); de las *facultades estraordinarias ó la suma del poder público* en que estos importan el ejercicio arbitrario é irresponsable de todos los poderes por el Poder Ejecutivo. (3)

(1) RAWSON, loc. cit. — ALMIRANTE, *Diccionario militar*, verb. *Asamblea*. — «*El Nacional*» en el nº 10215, y en un artículo titulado *Los tribunales personales* hace al Estado de asamblea sinónimo de ley marcial.

(2) Capítulo 4º.—ELIZALDE, RUFINO, decia en 1862 que «la ley marcial existe si hay citacion total de milicias», á lo que contestaba RAWSON que «movilizar las milicias no importa forzosamente declarar la ley marcial, porque pueden ser movilizadas en número reducido». *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados de la Nacion, pág. 278 y 280. — MANUEL RAFAEL GARCIA, estudiando la constitucion de los Estados Unidos, ha confundido tambien la ley marcial con el estado de sitio. «La declaracion de la ley marcial en sostitucion de las leyes ordinarias, llámase *estado de sitio* de un Estado ó distrito, produce la suspension del curso natural de la justicia ordinaria y las garantías que en su aplicacion deben encontrar los procesados. Ella militariza la causa y reemplaza la ley civil por la ley marcial». *Revista de Buenos Aires*, t. X, pág. 110. — El Dr. Tejedor decia en su mensaje á la Asamblea Legislativa de 1880: «El estado de sitio es una medida de órden, de seguridad pública, de gobierno: la ley marcial un derecho que acalla todos los otros, en los lugares donde existe efectivamente la guerra, donde acampan ó se baten tropas..... En otros términos, donde rije la ley marcial no hay otra regla que el derecho de gentes: donde rije el estado de sitio, todo sigue en pié, leyes, tribunales, autoridades, y garantías mismas, con escepcion de las que espresamente restringe».

(3) SARMIENTO, *Sud America*, t. II, pág. 22. — El artículo 29 de la Constitucion Nacional prohibe «concederlas, así como el acordar sumisiones ó supremacias por las que la vida, el honor, ó las fortunas de los argentinos quedan á merced de gobierno ó persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán á los que los formulan, consientan ó firmen, á la responsabilidad y pena de los infames traidores á la patria». Quiso evitarse en esta disposicion la repeticion de actos como los que dieron á Rosas el poder arbitrario con que tiranizó á la República por veinte años.

Sin embargo NAVARRO VIOLA (*Revista de Buenos Aires*, t. X, pág 123)

Estas diferencias entre los diversos estados anormales en que puede encontrarse un país, á consecuencia de las conmociones interiores ó las guerras esteriores, demuestran claramente el peligro que entraña su confusion, una vez que los derechos individuales son su objeto directo y sufren su influencia de

afirma que la facultád de declarar el *estado de sitio*, es sinónima de dar las facultades estraordinarias, creyendo con FERREYRA que hay cierta contradiccion entre los artículos de la Constitucion que se ocupan de esto. ESTRADA, en la convencion de 1870 encargada de reformar la constitucion de la Provincia de Buenos Aires, decia tambien que: «El estado de sitio, no importa otra cosa que las facultades estraordinarias conferidas á los poderes que ejercen la autoridad». (*Debates de la Convencion*, pág. 586). Creemos esto un error á que conducen el uso impropio de las palabras, y el olvido del oríjen de las disposiciones constitucionales á que se hace referencia. Las facultades estraordinarias, la suma del poder público, es lo arbitrario, es el capricho del que manda, que avasalla todo y de nada responde; la ley marcial es la aplicacion de la ley militar, pero es la vijencia de una ley; y el estado de sitio, es la suspension de garantías limitada por la ley misma, pero sin que desaparezcan los demás poderes públicos: no importa poner en manos de un hombre la vida, el honor, y la fortuna que es lo que ha prohibido el artículo 29 de la Constitucion.

La interpretacion anterior ha sido tambien establecida por las Cortes Nacionales. Las facultades del estado de sitio, han dicho, por su naturaleza y objeto, no son *facultades extraordinarias*, de las que habla el artículo 29 de la Constitucion, equiparándolas al delito de traicion, por cuanto las primeras, aunque dependientes en su ejercicio, de la *discrecion* y *juicio propio* del poder autorizado para ejercerlas, llevan consigo limitaciones expresas de tiempo y objeto, y tienden á llenar la suprema necesidad de garantir el órden y la paz pública, y los segundos, teniendo en cuenta el espíritu y los términos del artículo constitucional citado, se refiere á facultades ilimitadas que autorizen *la suma del poder público*, y por las que *la vida, el honor ó la fortuna de los argentinos*, queden á merced de gobiernos ó persona alguna; — á lo que se agrega, que prohibiéndose en dicho artículo al Congreso mismo acordar *facultades extraordinarias*, no podrian ser éstas las mismas del *estado de sitio*, desde que por el artículo 67, inciso 26, de la Constitucion, es facultado el Congreso para *declarar* dicho estado «en uno ó varios puntos de la Nacion ». *Fallos de la Suprema Corte de Justicia Nacional*, t. II, pág. 427, 2ª serie.

una manera decisiva. Los medios á emplearse dependen de las situaciones creadas en cada caso, y si el mas irregular ó mas abrumador puede justificarse en un caso y ser tenido como regular, aplicado en otras circunstancias sería tan abusivo como insoportable.

Y la pendiente es resbaladiza. Si los poderes públicos deben defenderse contra las asechanzas de los facciosos, los derechos individuales deben guardarse de los abusos y caprichos de aquellos, tanto mas cuanto que su mantenimiento es la condicion de su existencia. Las pasiones suelen ser malos consejeros para señalar los límites y evitar las confusiones; y la práctica en la vida libre, ejercitada con buena fé y hon radez, lo único que conduce á gravar en todos las buenas máximas y los principios salvadores.

III

El *Estado de sitio* es un medio de suspender las garantías constitucionales en la mayoría de los Estados. ¿Tiene algun fundamento aceptable? ¿Debe desaparecer de la Constitucion de un pueblo que aspira á la realizacion del gobierno libre?

« El uso de los pueblos mas libres de la tierra, ha dicho Montesquieu, me hace creer que hay casos en que es necesario poner, por un momento, un velo sobre la libertad, como se cubren las estatuas de los Dioses» (1).

(1) *De l'Esprit des Lois*, lib. XII, cap. 19. — En otra parte dice tambien de acuerdo con estas ideas: «Pero si la potestad legislativa se creyese en peligro por efecto de alguna conspiracion secreta contra el Estado, ó de alguna intelijencia secreta con los enemigos de afuera, *podria permitir* por un tiempo breve y limitado á la protestad ejecutiva el *prender á los ciudadanos sospechosos*, quienes si perdian la libertad por un tiempo, era para conservarla para siempre».

Destut de Tracy (1) cree que á este estremo ha conducido la anglomanía á Montesquieu; y Laboulaye agrega que «no es verdad que la proscripcion sea jamás lejítima. En las situaciones mas dificiles se puede defender por leyes justas y sentencias regulares. En el fondo, no se vela la libertad, se la viola, y violándola, se la mata». (2)

No es posible, sin duda, aceptar en absoluto la afirmacion de Montesquieu, aun cuando sea una verdad que toda vez que una situacion violenta y de fuerza se hace sentir, las garantías individuales desaparecen en mucha parte.

En los pueblos constituidos, sus Cartas respectivas tienen en sí los medios de atender á todas las situaciones, ó mas bien, en sus disposiciones está combinado todo el mecanismo, de modo que fueran cuales fueren las alteraciones, mas ó menos fundamentales, que ellos preveen, la voluntad arbitraria de los que mandan, si se ejercita, no se ejercita sin responsabilidad, y para esto mismo necesita haber llenado ciertos requisitos que son otras tantas limitaciones. La libertad nunca se cubre en absoluto, aunque algunos de sus resortes puedan estar limitados, y no ya en el estado de sitio, sinó bajo la vigencia misma de la ley marcial, no desaparecen las formas tutelares, aunque las garantías puedan ser menos eficaces, y aunque pudiera decirse con Royer Collard (3), que como «leyes de escepcion son préstamos usurarios que arruinan los gobiernos aunque aparezcan enriquecerlos».

(1) *Comentario al Espíritu de las Leyes.*
(2) Nota 4ª al cap. 19, lib. XII.
(3) *Dictionnaire politique.*

Sin embargo, aun en los términos limitados de un réjimen constitucional, la suspension de las garantías constitucionales en la forma en que lo hace el estado de sitio, como lo hemos definido, no ha gozado de simpatías.

«Las garantías que consideramos estar mas arriba de las leyes, decía Pinheiro Ferreira, uno de los publicistas mas liberales de la Europa, esas garantías que están á igual distancia del poder del Gobierno y del Congreso, son las que hemos llamado condiciones esenciales de la seguridad, de la libertad y de la propiedad. Ellas pueden mantenerse y observarse en todas épocas, en medio de las mas violentas conmociones, lo mismo que en momentos de la mayor tranquilidad. Pretender que los diques construidos para contener el desborde de las aguas, deban ser demolidos precisamente cuando la creciente de los rios y el ímpetu de los torrentes se hacen mas amenazadores, es una de esas estravagancias que solo pueden atribuirse al delirio.» (1)

En las Cortes Españolas, discutiendo la Constitucion de 1869, el artículo que establecía la facultad de suspender las garantías constitucionales, fué objeto de largos é interesantes debates en que tomaron parte los principales oradores á favor como en contra (2); y en América, entre otros escritores distinguidos, Lastarria, ocupándose de la Constitucion Chilena decía en 1856, que: «este arbitrio importa un ataque á las instituciones políticas, es una negacion de los derechos

(1) *Principes du droit public*, t. I, pág. 85. —Véase tambien del mismo autor, Comentario al inciso 8, artículo 11 de la ley de reformas constitucionales.

(2) MAÑAS. *El libro del ciudadano*, pág. 1800.

que la Constitucion garantiza, es una verdadera inconsecuencia en el sistema constitucional; y.... porque es mas fácil el abuso que el buen uso de una medida tan peligrosa y tan contraria á la estabilidad del principio constitucional, es que no aceptan este arbitrio las constituciones verdaderamente liberales, dejando la conservacion del órden á las leyes ordinarias» (1); y en 1875: «La libertad personal está, como antes, á merced de los gobernantes, de los majistrados judiciales, de los funcionarios de policia, y de las necesidades de la política gubernativa, que con el pretesto de una guerra ó de una conmocion intestina autorizan una dictadura bajo la denominacion de *estado de sitio* ó de estado de asamblea, mediante los cuales el gobíerno emplea la prision, el destierro y hasta el patíbulo contra sus adversarios» (2).

En la República Argentina no han faltado, como no faltarán todavía opiniones adversas al estado de sitio, aunque ellas pueden tener una fácil esplicacion en la situacion especial en que se ha encontrado el país, en la influencia casi siempre decisiva de las pasiones políticas y en la confusion de ideas de los primeros ensayos en las prácticas constitucionales (3).

Así, cuando en 1862, tenía lugar en el Congreso la primera discusion sobre estas materias con motivo

(1) *La Constitucion politica de la República de Chile, comentada*, pág. 127.

(2) *Lecciones de politica positiva*, pág. 166. — Arosemena, t. I, pág. 81, participa en mucha parte de estas opiniones.

(3) Ninguna mayoria, decia Echevarria en 1846, ningun partido ó asamblea tiene derecho para establecer una ley que ataque las leyes naturales y los principios conservadores de la sociedad y que ponga á merced del capricho de un hombre, la seguridad, la libertad y la vida de todos.

de conmociones interiores en la Provincia de Corrientes, la falta de consistencia en las ideas ya se manifestaba en cuanto á los efectos del estado de sitio en la Constitucion, y en cuanto á su bondad y á su eficacia. El Dr. Elizalde (R.) decia: «La declaracion del estado de sitio no está bien determinada por la Constitucion, y se ha hecho tan mal uso de este medio, que solo decir la palabra, es decir que una Provincia está amenazada de los mas grandes males y calamidades... Entre tanto la declaracion de estado de sitio es sumamente perjudicial, y con ella se han hecho las mas grandes violaciones y males.» (1) El Dr. Alsina (Valentin), dice que siempre se opuso á la declaracion del estado de sitio, porque.... «no solamente esa medida es completamente inútil; no solamente no aumenta en un ápice los recursos ó medios con que cuenta el gobierno para contener una conmocion interior, sinó tambien es perjudicial bajo el aspecto del crédito del país en el estranjero..... El efecto moral ha de ser el mismo, que es influir, incrustar en el espíritu de la nacion la doctrina que reputa inútil, cuando no perniciosa, el ejercicio de la facultad de declarar el estado de sitio » (2). El Dr. Rawson: « siempre ha sido mi opinion que el estado de sitio es inútil por ineficaz, ó es pernicioso cuando se lleva á efecto» (3). El Dr. Irigoyen: «El estado de sitio, ori-

(1) *Diario de Sesiones del Senado*, 1862, pág. 278.

(2) *Diario de Sesiones*, cit., págs. 279 y 281.

(3) *Diario de Sesiones*, pág. 288. — El Dr. NAVARRO VIOLA llamó una fatalidad, al estado sitio (*Revista de Buenos Aires*, t. X, pág. 124): y en la Convencion de 1870, comparó el estado de sitio con el mormonismo, declarando que este « no es ni con mucho tan inmoral como aquel. » (*Debates de la Convencion*, pág. 597).

ginario de épocas remotas en que la libertad y las garantías no jugaban como hoy el rol de primordiales elementos de la felicidad social, se conserva como una facultad tradicional á cuya supresion aspiran los que anhelan ver realizado sólidamente el gobierno de la libertad y de la democracía que el sol de Mayo dibujó en el horizonte de la pátria». (1)

Por nuestra parte, no estamos de acuerdo con estas conclusiones. El estado de sitio no es sin duda, una medida que pueda aceptarse en abstracto, como no lo es ninguna de aquellas que imponen á los derechos individuales limitaciones que llegan á modificarlos; pero si en el organismo social deben existir garantías individuales, deben tambien existir garantías públicas que son garantías de órden, de libertad, de seguridad, y su coexistencia depende del sistema armónico que se observe. (2)

La salvacion del órden social es la suprema aspiracion, pero no interpretado el peligro por la voluntad ó el capricho de los gobernantes, sinó por los preceptos de la ley y en la forma que ella determina. Habrá quizá la omnipotencia de una constitucion, pero no la omnipotencia de un hombre, y entónces habrá limitaciones mas ó menos opresoras, pero nunca caprichosas, injustas, vejatorias. Lo peor del despotismo, ha dicho un escritor distinguido, no es su dureza sinó su inconsecuencia, y solo la constitucion

(1) *Justicia Nacional*, pág. 8. — ESTRADA ha combatido el estado de sitio, bajo el punto de vista filosófico jurídico ; y ALVEAR (Emilio), lo llamó el último refujio dejado á la dictadura.... un estado de miedo, de complicidad, ó impotencia del gobernante. *Debates de la Convencion* de 1870, págs. 587 y 588.

(2) Véase, ALBERDI, t. I, págs. 105 y 178.

es inmutable. La patria se salvará por la ley y no por la razon de estado (1) que es siempre el capricho del que manda; y si es verdad, como ha dicho el Dean Funes (2) que «la tierra florece ó cria abrojos bajo las plantas de quien la gobierna», la medida prevista en la ley habrá evitado que lo segundo sea su consecuencia forzoza.

«El estado de sitio, decia en 1870 el Senador Quintana, es una medida de la mayor gravedad, y en un país en que las facultades estraordinarias están condenadas por los antecedentes de su historia y por las disposiciones terminantes de su carta fundamental, es el *non plus ultra* de las facultades que puede asumir el Presidente de la República; es por decirlo así, Sr. Presidente, el arma de castigo que el Congreso pone en manos del Presidente para descargarla sobre la cabeza de los inocentes ó culpables, y digo inocentes ó culpables, porque el estado de sitio es *tan irresponsable como opresivo*, porque el estado de sitio *escluye toda responsabilidad por parte del poder que lo ejercita*, porque el estado de sitio no deja á los ciudadanos *mas garantía que el acierto ó el error*, siempre posible en la falibilidad humana *de los mandatarios* que *desempeñan el ejercicio de la autoridad nacional.*» (3)

Sin duda que este cuadro tiene mucho de verdad,

(1) Sobre los efectos de la *razon de Estado* en Francia, véase: BATBIE, *Droit public et administratif*, t. II, pág. 339. — El Dr. GORRITI en el Congreso de 1826 (*Diario de sesiones*, nº 105, pág. 25), y Fray CAYETANO RODRIGUEZ en la publicacion *Oficial* del dia, nº 6, hacian notar como el *bien público*, habia servido á los tiranos para disculpar sus violencias y para violar todas las garantías sociales, haciéndonos caer de un precipicio á otro.

(2) *Ensayo histórico*, t. III.

(3) Discurso pronunciado en la Cámara de Senadores de la Nacion. *Diario de sesiones* de 1870, pág. 768.

pero no es menos cierto que lo que el estado de sitio suspende no es toda la Constitucion, ni los poderes políticos, y quizá ni los derechos mismos de los individuos, sinó algunas de las formalidades que garanten la libertad individual, y cuya importancia no puede desconocerse. Se detiene á un individuo, se cambia su residencia, sin someterle al magistrado, pero no se le aplica pena, se deja á su voluntad su traslacion fuera ó en el país, y no se le priva de las demás garantías. Se toma la propiedad, sin juicio prévio de espropiacion, pero se le indemniza mas tarde su importe ó los perjuicios sufridos.

¿Qué hacer? «Desde que, como dice Pimenta Bueno (1), la gravedad del peligro no puede ser combatida por los medios ordinarios, lo que puede suceder en los casos de rebelion, ó invasion esterior, es irremediable el autorizar medios suficientes de defensa para salvar la existencia del Estado: es el caso de los Romanos: *Dent operam consules, ne quid republica detrimenti capiat:* es la declaracion de la patria en peligro». Si es indispensable dar facultades, mas ó menos estensas, ó si entre la falta absoluta de gobierno y el gobierno dictatorial, hay un gobierno regular posible que pueda asumir esas facultades, pensamos con Alberdi (2) que la opcion no puede ser dudosa como no lo fué para Chile, que á ello debe su larga tranquilidad. Las garantías individuales son palabras vanas si no se hacen efectivas por medio de las garantías públicas, y estas no existen sin los medios

(1) *Direito publico brazileiro*, t. II, pág. 442.

(2) *Organizacion de la República Argentina*, t. I, págs. 104, y 179 nota 1, y 190.

de establecer el órden constitucional y la paz que dan la libertad, la institucion, la riqueza y el progreso, y que hacen imposible la dictadura sin freno que es la provocacion perpetúa á la anarquía. (1)

Cuando estudiamos la situacion de todas ó casi todas las Repúblicas sud americanas, debemos confesar con franqueza que no nos damos cuenta como pueden ser combatidas las medidas de órden y de tranquilidad dentro de las prescripciones constitucionales. En perpétua anarquía, malgastando las fuerzas vivas del país y sembrando ódios y rencores que se trasmiten por generaciones enteras (2), se mira un vejámen en la limitacion constitucional, y no se ve el vejámen en la incertidumbre, en el atraso, la ignorancia y la arbitrariedad de la anarquía, que lleva á los puestos públicos y al gobierno los ambiciosos vulgares, cuando no la degradacion y el vicio.

«Entre nosotros, decia la Comision que formulaba una de las últimas constituciones de Méjico, están de tal modo relajados los vínculos morales de la sociedad y perdido el respeto al derecho y á la ley; de tal manera acreditado el espíritu de inquietud y sedicion, favorecidas las ambicion personales, postergada la

(1) «Este poder redunda á todas luces, dice Blunschli, en menoscabo de la libertad y del derecho.... Esto no obstante, como escepcion en caso de necesidad, debe aceptársele como indispensable, si hemos de atenernos al principio de que el todo no ha de sacrificarse á la parte.... Los pueblos de mas tacto político han reconocido siempre este poder escepcional, y así han tenido cuidado de dejarlo consignado en sus Constituciones». *Derecho público universal*, trad. de E. Danero, pág. 241.

(2) Varela (Florencio), hace notar que unos de los efectos mas lamentables de las guerras civiles es su influencia sobre los niños, que educados en medio de los ódios que despiertan, continúan aborreciendo, convencidos de que es necesario y justo aborrecer. *Comercio del Plata*, nº 270.

causa pública al interés privado y mesquino, que la conspiracion es un oficio y el abuso de los derechos mas preciosos un título de gloria y de aplauso. La paz tiene pocos partidarios, la prudencia menos. Mil veces en el ejercicio de las funciones mas honoríficas de la República se ha conspirado á mansalva, no en bien de las instituciones, no en provecho del pueblo, sinó traicionando su confianza, en obsequio de las personas, en desahogo de las pasiones. Mil veces la República ha llegado á su agonía mortal y terrible, y los buenos ciudadanos echabamos de menos un remedio ejecutivo, pronto que salvara la situacion y volviera á la sociedad á sus quicios». (1) No estariamos estraviados si hicieramos algunas aplicaciones á las demás Repúblicas!

Cavour, el gran hombre de estado de la Italia, ha dicho, que con el estado de sitio cualquiera puede gobernar. Si el estado de sitio coloca la situacion del país á la voluntad del gobernante, dejando en suspenso toda la constitucion, comprendo perfectamente esta observacion; pero si surte los efectos que nuestra constitucion le marca, nada hay mas dificil, porque es dificil siempre coordinar la arbitrariedad, siquiera sea en parte, con la justicia, con los demás principios que consagra la constitucion y que deben observarse.

Pero sea de esto lo que fuere, sea ó no el estado de sitio una medida aceptable en abstracto, la verdad es que se justifica perfectamente (2), y que es

(1) Montiel y Duarte, *Estudios sobre garantias individuales*, pág. 575.

(2) «Las Repúblicas que en los grandes peligros, dice Machiavello, no echan mano del poder dictatorial ó de otro parecido, al sobrevenir sucesos de importancia, se precipitarian en la ruina. En tanto que la dictatura romana fué conforme á la constitucion y no se ejerció valiéndose de la fuerza, fué siempre provechosa para la ciudad». Sobre el lib. 1 de Livio, nº 34.

un término medio que evita la imposicion de la ley marcial (1), estremo á que tienen que acudir la Inglaterra y los Estados Unidos, puesto que la suspension del *habeas corpus,* no da todos los resultados ó no facilita los medios que por regla general requiere toda conmocion interior ó ataque esterior de alguna gravedad.

«Cada uno tiene la obligacion de hacer abnegacion de sí mismo, decia Boudet en 1849, informando al Consejo de Estado sobre un proyecto del ministro Dufaure, en el interés de la salud comun, á fin de hacer mas libre y mas vigorosa la defensa general. En estas graves circunstancias, rehusar el sacrificar el goce de los derechos y de las garantías políticas establecidas por la Constitucion para los tiempos regulares y apacibles, es desconocer sus deberes de ciudadano: reivindicarlos para hacer de ellos una arma en la lucha que ajita la sociedad, es traicionar el país, y hacerse indigno de las libertades mismas de que se abusa». (2) La desaparicion de la prescripcion constitucional que autoriza el estado de sitio, puede ser una aspiracion de los que viven en las teorías y de las teorías, pero nunca de los hombres de Estado y muchos menos de los que «anhelan ver realizado sólidamente el gobierno de la libertad y de la democracia, que el sol de Mayo dibujó en el horizonte de la patria». El primer objeto de un pueblo libre, ha dicho Webster, es salvar sus libertades, y esto se consigue por medio de

(1) Cellier, refiriéndose á la decision de la Corte de Casacion de Francia en 1832, dice que: «el estado de sitio sin jurisdiccion militar se hace ilusorio». Garnier-Pages, *Dict. politique,* verb. *Siéges.*

(2) Véase Sirey, *Lois Annotées*, 1849, pág. 107.

restricciones constitucionales, y del deslinde de los poderes públicos. (1)

En 1876, el Senador Sarmiento, decia defendiendo el estado de sitio como medida de gobierno:

« La constitucion no se ha hecho solamente para dar libertad á los pueblos; se ha hecho tambien para darles seguridad, porque se ha comprendido que sin seguridad no puede haber libertad.... Sin embargo queremos poner corta-pizas al estado de sitio.... La Francia ha vivido largo tiempo bajo el imperio de estas mismas ideas, y las ha derramado por todo el mundo; pero en presencia del cúmulo de desgracias que han caido sobre ella, ha venido á comprender al fin, que la base de la sociedad, es la seguridad pública. Ha pasado por los horrores de la revolucion y hasta por la desmembracion de su territorio, por no tener un gobierno que le ofreciera seguridad contra revueltas... Es un Thiers, el hombre mas grande de la Europa hoy dia, es el jurisconsulto Dufour, son los republicanos mas notables, lo que han creido que así es preciso para quitar la alarma contínua, para no vivir con el Jesus en la boca, por darles gusto á esos idealistas ó locos en materias políticas, que viven ensayando en la sociedad como en *anima viles*, cuanto disparate se le ha ocurrido á Fourrier ú otros visionarios...

« Sin estado de sitio no hay constitucion puesto que no hay derecho al escrito de *habeas corpus* que ella garante. En Inglaterra mismo costó un siglo de ensayos, encontrar forma como garantir la seguridad de las personas, hasta dar con el escrito de *habeas corpus;* y este es el baluarte de los ingleses, es su gloria. Vana-

(1) WEBSTER'S WORKS, t. IV.

glorianse mas del *habeas corpus* que de la Magna Carta, y sin embargo, cuando un individuo quiere aplicar la libertad para echar abajo el gobierno, no hay libertad para ese indivíduo. El gobierno no puede castigarlo, pero si puede detener su persona, sin darle la razon de su detencion.

« Agregaré algo mas, y es que no existen entre nosotros, las leyes ordinarias de Inglaterra, Estados Unidos y Francia, paises, cualquiera de ellos mejor gobernado que el nuestro. Allí la suspension del *habeas corpus*, no es necesaria á cada momento, no es materia de detalle local. El Juez de Paz de Inglaterra, se llama el Juez de la Paz del Rey, lo que quiere decir, el encargado de mantener la tranquilidad pública; y cuando esta es perturbada, el Juez de la Paz, llama á su Juzgado á las personas complicadas en el atentado y les exije una fuerte cantidad, en garantía de que no perturbarán la tranquilidad pública; ó las destierra por 15 dias.

« Estas son las leyes ordinarias. Si se reuniese un grupo de personas de mas de doce, por fuerza de armas ó de número (porque el número es lo mismo que las armas), el Cornor, el Condestatable, el Juez de Paz, todas estas autoridades tienen derecho á convocar el *posse comitatus*, que es el derecho de llamar á los hombres que pasan, cuando es necesaria la fuerza, para ir á someter los sublevados que no quieren obedecer á las leyes. El estado de sitio es mas general, cuando peligra de perturbarse el órden público, poniendo menos trabas al ciudadano para que no haga el mal, que lo que puede el Juez de Paz en pequeña escala.

« Pero yo pregunto, ¿Cuáles son los abusos del estado de sitio, que tanto alarman? En Buenos Aires

durante la guerra del Paraguay, hubo siempre necesidad de este recurso para conservar el órden, y nunca se han burlado mas del gobierno y desobedecido las leyes que entónces». (1)

IV

Las palabras « Estado de sitio », así como su significacion constitucional en cuanto afecta las garantias individuales, tienen su oríjen en la lejislacion francesa, de donde fué incorporada al réjimen de los demás Estados con ese poder generalizador de todo lo que es francés.

En Francia la primera disposicion que menciona el *Estado de sitio*, es la ley de 10 de Julio de 1791, pero tomándolo como una consecuencia natural del estado de guerra en tanto las tropas enemigas habian producido un verdadero sitio en una plaza fuerte ó de guerra.

Esta ley no se ocupaba, ni de las plazas abiertas, ni de los demás puntos del territorio en tanto se podrian encontrar amenazados por el enemigo esterior ó por conmociones interiores, y su efecto principal ó su consecuencia era la reunion del poder civil y el militar dominando este último. Pero habiéndose producido la guerra civil se sintió la necesidad del empleo de medios enérjicos contra los enemigos del interior; y la ley de 10 fruct. año V, vino á llenar el vacio: hizo posible la declaracion del estado de sitio á los municipios del Estado investidos por tropas *enemigas* ó *rebeldes*, prévia autorizacion lejislativa, y despues sin ella por el Directorio.

(1) *Diario de sesiones* de la Cámara de Senadores, 1876, pág. 396.

Pero estas disposiciones se referian siempre al estado de guerra, hasta que Napoleon dejando de lado sus disposiciones, en 1807, declaró por dos decretos en estado de sitio las plazas de Brest y de Arras que no habian sidos atacadas, ni sitiadas; y por Decreto de 24 de Diciembre de 1811, organizando los Estados Mayores de plaza, consideró las plazas de guerra en el *estado de paz,* en el *estado guerra,* y en el *estado de sitio,* agregando al caso de un verdadero sitio, el de ataque y de rebelion y sedicion. (1)

En este estado de la lejislacion, se produjo la célebre decision de la Corte de Casacion (2) en 1832 que declaraba contraria á la Constitucion el someter, bajo el estado de sitio, á los tribunales militares los individuos que no participaban de este carácter, pues les sacaba de sus jueces naturales. El gobierno creyó peligrosa esta jurisprudencia, y aunque presentó un proyecto á las Cámaras, recien en 1849 se dictó ley á su respecto á consecuencia de un proyecto presentado por Dufaure.

La ley de 9 de Agosto de 1849, si bien no aceptó las conclusiones de la decision de la Corte de Casacion de 1832, hizo posible su existencia. Reglamentando el artículo 106 (3) de la Constitucion de 1848, establece que el estado de sitio solo puede ser declarado en caso

(1) Véase SIREY, *Recueil*, 1832, y en donde se transcribe el Discurso de Berryer y el del ministerio fiscal.

(2) MORIN llama el estado de sitio en este caso, *estado de sitio ficticio, (Les lois relatives à la guerre,* t. II, pág. 459) é ISAMBERT, *estado de sitio civil,* (BLOCK, *Dictionnaire politique*, verb. *Etat de siège).*

(3) Este artículo decia: «Una ley determinará los casos en los cuales el estado de sitio podrá ser declarado, y reglará las formas y los efectos de esta medida». SIREY, *Lois annotées,* 1848, pág. 193.

de peligro inminente para la seguridad interior ó esterior (art. 1°); da la facultad de declararlo á la asamblea Nacional y al Presidente de la República, segun los casos, así como la de levantarlo, manteniendo la ley de 10 de Julio de 1791 y el Decreto de 24 de Diciembre de 1811 para las plazas de guerra y puestos militares (arts. 3° á 6°, y 10 á 13); establece la jurisdiccion militar, para todo lo que se refiere al mantenimiento del órden y de la policía, quedando á las autoridades civiles todos los demás poderes de que no sea espresamente despojada (arts. 7° y 8°); determina en que consisten los derechos de la autoridad militar, segun los lugares (arts. 9° y 10), y declara que, no obstante el estado de sitio, « los ciudadanos pueden ejercer todos los derechos garantidos por la Constitucion, cuyo goce no se ha suspendido por las anteriores disposiciones ». (Art. 11).

Esta ley fué modificada por el artículo 12 de la Constitucion de 1852 en cuanto á la facultad de declararlo que se dió al Emperador dando cuenta al Senado; por la ley de 28 de Abril de 1871 que lo atribuyó á la Asamblea; y en el silencio de la Constitucion de 1875 por la ley de 3 de Abril de 1878 en su mayor parte.

La ley de 1878 mantiene espresamente las disposiciones de la de 1849 en sus artículos 4° y 5°, y en todo lo demás que no lo sea contrario; pero la modifica en cuanto á los casos en que puede ser declarado el estado de sitio, y en cuanto á la autoridad á quien compete. En lo primero, requiere peligro inminente resultante de una guerra estranjera ó de una insurreccion á mano armada (art. 1°); y en lo segundo designando las Cámaras el lugar á que se estiende, y el tiempo de su duracion, cesando *ipso jure* por su transcurso, si una

nueva ley no lo prolonga (art. 1°, inc. 2°); en caso que las Cámaras no estén reunidas, el Presidente de la República con acuerdo del Consejo de ministros, reuniéndose dos dias despues las Cámaras sin necesidad de convocatoria (art. 2°); en caso de disolucion de la Cámara de Diputados, el Presidente no puede hacer la declaracion, sinó á consecuencia de una guerra estranjera, convocando inmediatamente los colejios electorales y reuniendo las Cámaras (art. 3°), pero en estos dos casos reunidas las Cámaras, á ellas corresponde resolver quedando suprimido si disentiesen las dos Cámaras.

Tal es la historia del estado de sitio en la legislacion francesa; y como se vé sus disposiciones casi no difieren de aquello que entendemos por estado de sitio, segun la definicion que hemos dado, á no ser en cuanto á la jurisdiccion militar y su competencia, en tanto límita la jurisdiccion de los tribunales comunes y es susceptible de mas ó menos estension. (1)

Fuera de la Francia el estado de sitio en la forma y en la estension que le da la legislacion de esta ha encontrado asilo como medida estraordinaria y para los tiempos de revueltas interiores ó ataques de enemigos esteriores, en casi todas las Constituciones de los demás pueblos de la Europa. En Alemania el artículo 68 de la Constitucion de 16 de Abril de 1871 que

(1) Véase: SIREY, *Lois annotées*, 1791, 1811, 1848, 1849, 1852, 1871 y 1878. — GARNIER-PAGÉS, *Dictionnaire politique*, verb. *Siége*. — MORIN, *Répertoire*, verb. *Etat de siége*. — BLOCK *Dictionnaire politique*, verb. *Etat de siége*. — F. A. HÉLIE. *Les Constitutions de la France*. — LAFERRIÈRE, *Droit administratif*, t. I, pág. 395. — BATBIE, *Droit administratif*, t. II, pág. 334. — DALLOZ, *Répertoire*, verb. *Place de guerre*. — MORIN, *Lois de la guerre*, t. II, págs. 167 y 459. — POUDRA Y PIERRE, *Traité pratique du Droit parlementaire*, págs. 39 y siguientes.

constituyó definitivamente el imperio aleman, establece que: « puede el Emperador, ó sea el gefe federal de guerra, cuando esté amanezada la seguridad pública en cualquier parte del territorio federal, proclamar en ella el estado de sitio. Interin no se dicte una ley federal que arregle las condiciones, las formas y los efectos de esta declaracion, se estará á lo prescrito en la ley prusiana de 4 de Junio de 1851» (1). En Austria, el artículo 20 de la « ley fundamental del Estado de 21 de Diciembre de 1867 sobre los derechos generales de los ciudadanos», prescribe que: « Una ley especial decidirá sobre los casos en que los derechos mencionados en los artículos 8º (libertad individual), 9º (inviolabilidad del domicilio), 10 (secreto de la correspondencia), 12 (reunion y asociacion), y 13 (manifestacion de las opiniones), podrán ser objeto de una suspension temporal ó local». (2) En Portugal, el § 34 del artículo 145 de su Constitucion, dice que: « En caso de sedicion ó invasion de enemigos, si la seguridad del Estado exige que se dispensen por tiempo determinado algunas de las formalidades que garantizan la libertad individual, podrá ser acordada tal suspension por un acto especial del Poder Legislativo. Sin embargo, si las Cortes no estuviesen reunidas, y si la patria corre un peligro inminente, el gobierno podrá tomar esta misma precaucion, como medida provisoria é indispensable, que deberá suspender inmediatamente que cese la necesidad urgente que la haya

(1) Artículo 68. (Apéndice á la obra sobre las nacionalidades de Pi y Margall,, pág. 372 y pág. 135 del testo). — El artículo 68 de la Constitucion de 24 de Junio de 1867, tenia la misma prescripcion. — Laferrière y Batbie, *Les Constitutions d'Europe et d'Amérique*, pág. 135.

(2) Laferrière y Batbie, pág. 166.

motivado. En todo caso, luego que se reunan las Cortes deberá remitirles informes justificados de los arrestos y demás medidas preventivas que haya dictado, y todas las autoridades que hayan recibido órdenes de ejecutarlas serán responsables de los abusos cometidos» (1). En España el artículo 31 de la Constitucion, establece: « Las garantías consignadas en los artículos 2º, 5º y 6º (seguridad personal y domicilio), y párrafos 1, 2 y 3 (opiniones, reunion y asociacion) del 17, no podrán suspenderse en toda la monarquía, ni en parte de ella, sinó temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias estraordinarias. Promulgada aquella el territorio á que se aplicare se rejirá durante la suspension por la ley de órden público establecida de antemano. Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender mas garantías que las consignadas en el primer parrafo de este artículo, ni autorizar al gobierno para estrañar del reino, ni deportar á los españoles, ni para desterrarlos á distancia de mas de 250 kilómetros de su domicilio. En ningun caso los gefes militares ó civiles podrán establecer ó determinar otra penalidad que la prescrita préviamente por la ley» (2). En Bélgica segun

(1) Laferrière y Batbie, pág. 509.

(2) Este artículo fué redactado por la Constitucion de 1869, y es hoy el vigente, pues, si bien en 1875, subió al trono Alfonso XII, hijo de Isabel II, solo fué motificada aquella en la parte referente á la sucesion de la Corona. La ley de órden público de 20 de Abril de 1870, que reglamenta el caso del artículo 31 con toda estension, no emplea las palabras *estado de sitio* que empleó el Decreto de 18 de Julio de 1874, y si las de *estado de prevencion* y *alarma*, deferenciándolo del *de guerra*, y de cuyos dos estados se ocupa. — Véase: Mañas, págs. 2681 y 1800 á 1895. — Escriche, *Diccionario de Lejislacion*, verb. «*Estado de prevencion*». — Mas y Abad, *Código penal*, pág. 207. — Laferrière y Batbie, págs. 475 y 486.

el articulo 130 de su Constitucion, esta « no puede ser suspendida en todo, ni en parte», pero el estado de sitio subsiste en caso de guerra, aún cuando los tribunales militares no estiendan su jurisdiccion á los particulares, y sus efectos se reglan por el Código militar de 1870 que reemplazó el de 1814 (1). En Inglaterra, como ya lo hemos visto, no existe el *estado de sitio*, y sí solamente la suspension del *habeas corpus* y la *ley marcial.*

Si pasamos á la América encontraremos en los *Estados Unidos del Norte* una legislacion y una jurisprudencia idéntica á la de Inglaterra, basada en el *habeas corpus* y en la ley marcial con la que se suple las deficiencias de la suspension de aquel (2). El artículo de la Constitucion dice: «El privilegio del auto de *habeas corpus* no será suspendido, sinó en los casos de rebelion ó invasion en que así lo requiera la seguridad pública» (3); pero solo cuando la Conspiracion de Burr en 1807, y durante la guerra de secesion de 1861 se hizo uso de esta facultad, en este último caso, con toda la estension que reclamaban las circunstancias, y en medio de los debates mas vehementes en las Cortes y entre los publicistas mas espectables del país. (4)

En Centro América, la República de Honduras en su

(1) Laferrière y Batbie, pág. 32. — Tonnissen, *Constitution belge annotée*, págs. 276 y 391.— Haus, *Principes généraux du droit pénal*, t. I, pág. 119. — En la Rumania la Constitucion de 1866, tenia en su artículo 128 una disposicion igual al art. 130 de Bélgica. Laferrière y Batbie, pág. 549.

(2) Garcia, *Revista de Buenos Aires*, t. X, pág. 111.

(3) Inc. 2, sec. 9, art. 1º.

(4) Whitting, *Poderes de guerra*, trad. de A. Rawson. *Story by Cooley*, t. II, pág. 208, notas 2 y 3.— Pomeroy, pág. 475.

Constitucion recientemente promulgada, establece la prescripcion general de su art. 21: «Declarada la República ó un lugar de la República, en estado de sitio queda suspenso el imperio de la Constitucion en la localidad á que se refiera la declaracion de estado de sitio». (1)

En el Brasil la Constitucion jurada en 25 de Marzo de 1824 contiene en el inciso 35 del artículo 179 la misma prescripcion liberal de la Constitucion portuguesa que antes hemos transcrito, y que solo autoriza á suspender algunas de las formalidades que garantizan la libertad individual y en virtud de un acto especial del poder legislativo. Sin embargo las leyes de 9 de Agosto de 1849 y de 18 de Setiembre de 1851 reglamentaron en parte el ejercicio de aquel poder, reforzando la accion de la autoridad militar en los casos que prevee. (2)

En Chile la Constitucion de 22 de Mayo de 1833, es una de las primera que emplea las palabras *estado de sitio*, dándole una restriccion limitada. Así en el inciso 6° del artículo 36 coloca entre las atribuciones del Congreso: «Autorizar al Presidente de la República para que use de faculdades estraordinarias, debiendo siempre señalarse espresamente las facultades que se le conceden, y fijar un tiempo determinado á la duracion de esta ley»; y esto sin duda, es algo mas que lo que entendemos por estado de sitio. Pero el inciso 20 del artículo 82, establece como atribucion del Presidente, el «declarar en estado de sitio uno ó varios puntos de

(1) *El Bien Público* periódico bisemanal que se pública en Guatemala, nº del 30 de Diciembre de 1880.

(2) Laferrière y Batbie, pág. 615. — Arosemena, t. I, págs. 38 y 81.— Pimenta Bueno, t. II, pág. 441. *Leis do Brasil*, 1849 y 1851.

la República en caso de ataque esterior, con acuerdo del Consejo de Estado y por un determinado tiempo. En caso de conmocion interior, la declaracion de hallarse uno ó varios puntos en estado de sitio, corresponde al Congreso; pero si este no se hallase reunido, puede el Presidente hacerla con acuerdo del Consejo de Estado por un determinado tiempo. Si á la reunion del Congreso no hubiese espirado el término señalado, la declaracion que ha hecho el Presidente de la República, se tendrá por una proposicion de ley.» Y el artículo 161 complementa estas disposiciones estableciendo que: «declarado algun punto de la República en estado de sitio se suspende el imperio de la Constitucion en el territorio comprendido en la declaracion; pero durante esta suspension, y en caso de que usase el Presidente de la República de facultades estraordinarias especiales concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí, ni aplicar penas. Las medidas que tomase en estos casos contra las personas no pueden esceder de un arresto ó traslacion á cualquier punto de la República.»

Como se vé, en Chile existen las facultades estraordinarias especialmente concedidas, y el estado de sitio, y de todo ello se ha hecho uso en diferentes ocasiones, con mas ó menos estension, conjunta ó separadamente, y habiéndose llegado hasta autorizar al Presidente para usar de todo el poder público, establecer tribunales militares permanentes, y aun suspender todo el órden político. « Desde el 31 de Agosto de 1833, dice Lastarria, ha habido cuatro declaraciones de estado de sitio, de las cuales tres ha hecho el Presidente de acuerdo con el Consejo estableciendo que habia conmocion interior, la de 10 de Febrero de 1840, 8 de

Marzo de 1846 y la de 7 de Enero de 1850. La otra fué dispuesta por el Congreso en ley de 31 de Enero de 1837, con motivo de la guerra con el Perú. El mismo cuerpo ha autorizado al Presidente con facultades estraordinarias relativas á negocios administrativos en multitud de casos, y además con facultades estraordinarias para arrestar y trasladar á las personas, sin sujetarse á las garantías constitucionales, allanar sus domicilios y delegar estos poderes á los subalternos, por ley de 9 de Noviembre de 1836, y para lo mismo, y además para aumentar el ejército é invertir caudales sin sujecion á las leyes, y remover empleados sin atenerse á la Constitucion, por leyes de 14 de Setiembre de 1851 y de 15 de Setiembre de 1852; pero en ninguno de estos casos ha calificado los sucesos de conmocion interior.» (1)

La República Oriental del Uruguay en su Constitucion de 10 de Setiembre de 1829, entre las atribuciones del Presidente, aunque sin las palabras *estado de sitio*, dice en el artículo 81: «tomar medidas prontas de seguridad en los casos graves é imprevistos de ataque esterior ó conmocion interior, dando inmediatamente cuenta á la Asamblea General, ó en su receso á la Comision Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estando á su resolucion»; y en el artículo 83 que el

(1) *La Constitucion política*, págs. 58, 126 y 213, 1ª édicion.—Arosemena t. I, págs. 93, 106, 121 y 178. Florencio Varela, *Tratados y Constituciones*, pág. 556. — Vicuña Mackenna, *Historia de los diez años de la administracion Montt*, t. III, pág. 209. — La disposicion del artículo 161, segun Alberdi, es una de las que forman su fisonomía distintiva y su sello especial á que debe Chile su larga tranquilidad, siendo un ejemplo de imitacion recomendado por la esperiencia. *Organizacion*, t. I, pág. 179, nota I. Pero Lastarria en el *Proyecto de Constitucion*, con que termina su notable obra «*Política positiva*», propone sérias modificaciones.

Presidente no podrá «ni privar á individuo alguno de su libertad personal; y en el caso de exijirlo así urgentísimamente el interés público, se limitará al simple arresto de la persona, con obligacion de ponerla en el perentorio término de veinte y cuatro horas á disposicion de su juez competente». «La seguridad individual, dice el artículo 143, no podrá suspenderse, sinó con anuencia de la Asamblea General, ó de la Comision Permanente, estando aquella en receso, y en el caso estraordinario de traicion ó conspiracion contra la patria; y entónces solo será para la aprension de los delincuentes». (1)

El Perú prescribe en su constitucion reformada de 1860, en el inciso 20 artículo 59, que corresponde al Congreso, «declarar cuando la patria está en peligro, y suspender, por tiempo limitado, las garantías consignadas en los artículos 18, 20 y 29.» (seguridad individual y asociacion). (2)

El Ecuador reformó su Constitucion en 1869. Segun el inciso 12 del artículo 60 corresponde al Poder Ejecutivo: «Declarar en estado de sitio con acuerdo del Congreso, ó en su receso del Consejo de Estado, inte-

(1) VARELA, pág. 535. — AROSEMENA, t. I, págs. 278. 279 y 288. — En el manifiesto que dió la Asamblea General Constituyente, decia para fundar estas prescripciones: «le permite (al P. E.) emplear la fuerza ya para contener las aspiraciones individuales, ya para defenderos contra todo ataque esterior imprevisto, porque sin esta atribucion vuestra libertad política y civil quedaria á merced del ambicioso que intentase destruirla, pero es obligado á dar cuenta inmediatamente al cuerpo legislativo y á esperar su resolucion». VARELA, pág. 535.

(2) AROSEMENA, t. II, pág. 16. — En la Constitucion de 1823, estaba esta misma prescripcion en el artículo 81, inciso 4, como limitacion á las facultades del Poder Ejecutivo. VARELA, pág. 622. — SANTISTEBAN, *Derecho constitucional,* págs. 46 y 296. — CALDERON, *Diccionario* verb. *Estado de guerra.*

gra ó parcialmente, el territorio de la República por tiempo determinado, en caso de suceder ó amenazar ataque esterior ó conmocion interior; y decretar su cesacion. Si reunido el Congreso durare todavía el estado de sitio, corresponde al Poder Legislativo decretar la cesacion ó continuacion». Segun el artículo 61: «Declarado el estado de sitio corresponde al Gobierno: 1° Ordenar el allanamiento y registro del domicilio de personas sospechosas; 2° prenderlas, trasladarlas á otro punto habitado de la República, ó estrañarlas por tiempo determinado; 3° Ordenar la entrega de armas y municiones, proceder, á su descubrimiento y captura; 4° Prohibir las publicaciones y reuniones que á su juicio favorezcan ó esciten el desórden; 5° Aumentar la fuerza armada y llamar al servicio activo á la guardia nacional, y trasladar la capital cuando lo exija una grave necesidad; 6° Exijir contribuciones de guerra á los que promuevan ó favorezcan la guerra esterior ó civil; 7° Disponer se juzguen militarmente como en campaña, y con las penas de las ordenanzas militares, á los autores, cómplices y auxiliares de los crímenes de invasion esterior, aún cuando haya cesado el estado de sitio. Si la sentencia fuere condenatoria, no se llevará á ejecucion ántes de ponerla en conocimiento del Poder Ejecutivo para que haga ó no uso de la atribucion que le confiere el § 4 del artículo 60 de la Constitucion». (1)

La Constitucion de Venezuela de 1874 prescribe las mas estensas garantías para los habitantes del Estado, y siendo promulgada por el Presidente Guzman Blanco

(1) Arosemena, t. II, pág. 417. — La Constitucion de 1861 tenia una prescripcion menos esplícita, y era diferente de la de 1845 en sus artículos 74 y 75. — Varela, pág. 666. — Arosemena t. II, pág. 101.

sufre hasta ahora con él un gobierno arbitrario y despótico. El inciso 15 del artículo 72, autoriza al Presidente para que en caso de guerra esterior suspenda «las garantías que sean incompatibles con la defensa de la independencia del país, escepto la de la vida»; y las diferentes constituciones de los Estados en el caso de conmocion interior, con mas ó menos estension autorizan tambien igual suspension por el Poder Ejecutivo. (1)

La Constitucion del Paraguay, promulgada en 1870, ha aceptado el estado de sitio como medida de circunstancias siguiendo á la de la República Argentina, pero ha introducido algunas alteraciones sin importancia, y que producen confusion en la correlacion de las disposiciones. Así, en el artículo 9 dice: «En caso de conmocion interior ó ataque esterior que ponga en peligro el ejercicio de esta constitucion y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio una parte ó todo el territorio paraguayo por un término limitado. Durante este tiempo el poder del Presidente de la República se limitará á arrestar á las personas ó á trasladarlas de un punto á otro de la nacion, si ellas no prefieren salir fuera del país.» El inciso 22 del artículo 72, como facultad del Congreso: «Declarar en estado de sitio uno ó varios puntos de la República en caso de conmocion interior y suspender el estado de sitio declarado durante su receso por el P. E.» El inciso 17 del artículo 102, como facultad del Presidente: «Declara en estado de sitio uno ó varios puntos de la República en caso de ataque

(1) Constituciones de la República y de los Estados, recopiladas de órden del ilustre americano General Guzman Blanco. La Constitucion anterior tenia disposiciones diferentes. Véase: Arosemena, t. II, pág. 317.

esterior, debiendo cesar este estado con el cese de la causa. En el caso anterior, como en el de conmocion interior solo tiene facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribucion que corresponde á este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 9°.»

Por el artículo 9 se limitan los efectos del *estado de sitio* á las personas, viniendo así á confundirlo con el *habeas corpus*, lo que hace inútil el empleo de tales términos; y se autoriza á declararlo en una *parte ó todo* el territorio, mientras que en los correlativos se habla solamente de *uno ó varios puntos*. En el inciso 22 del artículo 72 solo lo pone como facultad del Congreso en caso de conmocion interior; y en el 17 del artículo 102 establece que lo es tambien en el caso de ataque esterior, sin alcanzar sin duda la diferencia que hay entre un caso y otro, y que la Constitucion Argentina ha establecido.

La Constitucion de Bolivia promulgada el 15 de Febrero de 1878 tiene una seccion especial, titulada « De la conservacion del órden público», y en la que se lejisla sobre el *estado de sitio* en cinco artículos sucesivos, que transcribimos por su importancia, y por pertenecer á la última Constitucion que se haya dictado en los Estados de la América del Sud, no obstante su estension.

«Art. 26.— En los casos de grave peligro por causa de conmocion interior ó de guerra esterior que amenacen la seguridad de la República, el gefe del poder ejecutivo, con acuerdo del Consejo de Ministros, podrá declarar en estado de sitio en la estension de territorio en que sea necesario y por todo el tiempo que repute indispensable.

«Art. 27.—La declaracion del estado de sitio produce los efectos siguientes: 1° El ejecutivo podrá aumentar el ejército permanente y llamar al servicio activo la guardia nacional; 2° podrá negociar la anticipacion indispensable de las contribuciones y entradas de los recursos nacionales, con el descuento correspondiente; podrá negociar igualmente por empréstitos, las sumas suficientes, cuando los gastos no puedan ser cubiertos por las entradas ordinarias; podrá reducir el pago de las listas civil y eclesiástica y las asignaciones municipales, en una proporcion suficiente á cubrir los gastos militares causados por la alteracion del órden público; pero esta reduccion no podrá esceder de un cincuenta por ciento de lo determinado en el presupuesto; 4° las garantías y los derechos que consagra esta Constitucion no serán, en general, suspendidos de hecho por la declaracion del estado de sitio; pero podrán serlo respecto á personas determinadas, acusadas con fundamento de conspirar contra la tranquilidad de la República, y de acuerdo con lo que se establece en los incisos siguientes; 5° la autoridad lejitima podrá hacer comparecer ó dictar órdenes de arresto contra individuos acusados del crímen á que se refiere el inciso precedente; y deberá, sí es posible, ponerlos en las setenta y dos horas siguientes á disposicion del juez competente, á quien le trasmitirá los documentos que han dado lugar al arresto y el procedimiento observado. Si el proceso no puede tener lugar en dicho término, los acusados podrán ser retenidos hasta el momento en que el órden material sea restablecido; pero en ningun caso, si no es el de amnistía, se podrá renunciar á su persecucion. Si la conservacion del órden público exije el alejamento de

los acusados, la autoridad podrá ordenarlo, bajo condicion que no sea á mayor distancia de 50 leguas, ni en lugares malsanos. El alejamiento ó el arresto no podrán tener lugar sinó cuando el individuo no prefiera salir del territorio de la República; 6º El ejecutivo podrá igualmente suspender ó retener la correspondencia epistolar, sin violarla, y restablecer el uso de los pasaportes para las personas que entran ó que salen del territorio en estado de sitio.

« Art. 28. —El gobierno rendirá cuenta á la próxima lejislatura del uso que haya hecho de las atribuciones que le confiere el estado de sitio. Hará conocer el resultado de las persecuciones ordenadas, é indicará las medidas indispensables para estinguir los créditos contraidos, tanto por empréstitos directos, como por las reducciones en el pago de las listas, y por la percepcion anticipada de los impuestos.

« Art. 29. — El Congreso consagrará sus primeras sesiones al exámen de las cuentas á que se refiere el artículo anterior, prestándoles su aprobacion, ó bien declarando la responsabilidad del Poder Ejecutivo.

« Ar. 30. — Ni el Congreso, ni ninguna asociacion, pueden conceder al Poder Ejecutivo facultades estraordinarias, ni la suma del poder público, ni conferirle una supremacia en virtud de la que la vida, el honor, ó la fortuna de los bolivianos quede á merced del gobierno ó de persona alguna. Los diputados que provoquen, secunden ó ejecuten estos actos, serán, de hecho, indignos de la confianza nacional ». (1)

(1) *Annuaire de législation étrangère*, 1878, pág. 767. — Para las constituciones anteriores, que esta vino á reemplazar, véase á VARELA, págs. 577 á 602; y á AROSEMENA, t. I, pág. 356.

Desde los primeros pasos de la Revolucion de Mayo, la República Argentina ha consagrado en sus Estatutos los derechos individuales buscando los medios de garantirlos, como lo hicimos notar en el Capítulo 1°; pero en medio á los arranques del liberalismo radical que siempre se producen en las épocas revolucionarias y de transicion, esos mismos Estatutos jamás olvidaron que era necesario tutelar otros intereses con la cautela indispensable para no herir la susceptibilidad de los que saliendo de la tiranía, creen que la libertad es la realizacion de todos los caprichos de la voluntad y de una voluntad generalmente inculta.

Así el Estatuto de 1811, que comprendió el Decreto de 23 de Noviembre sobre seguridad individual, decia en el artículo 9° de este: « Solo en el remoto y estraordinario caso de comprometerse la tranquilidad pública ó la seguridad de la patria podrá el gobierno suspender este Decreto mientras dure la necesidad, dando cuenta inmediatamente á la Asamblea General con justificacion de los motivos, y quedando responsable en todos tiempos de esta medida ». El Estatuto de 1815 en su seccion sétima, capítulo 1°, artículo 21: « Todas las anteriores disposiciones relativas á la seguridad individual jamás podrán suspenderse; y cuando por un muy remoto y estraordinario acontecimiento, que comprometa la tranquilidad pública, ó la seguridad de la patria, no pueda observarse cuanto en él se previene, las Autoridades que se viesen en esa fatal necesidad, darán razon de su conducta á la Junta de observacion y Excelentísimo Cabildo, que deberán examinar los motivos de la medida y el tiempo de su duracion ». El Reglamento Provisorio de 1817

en la seccion 7ª, capílulo 1°, artículo 14 (1), y las Constituciones de 1819 y de 1826 repitieron casi con sus mismos términos la disposicion anterior en sus artículos 122 y 174. (2)

Cuando despues de 1826 vino toda la série no interrumpida de tempestades políticas que impidieron todo progreso trayendo el descrédito, y apareció Rosas en el gobierno para completar por una tiranía de veinte años la obra de la anarquía, toda garantía, todo deslinde de derechos entre el individuo y el órden público fué imposible, aunque no faltaron algunas declaraciones establecidas ó proyectadas.

Vencido Rosas en Caceros en 1852, su caida volvió á la vida social y política al pueblo de la República. Invocando el tratado de 4 de Enero de 1831 que habia establecido la liga de las Provincias del litoral, y que se hacia servir, con razon ó sin ella, de punto de partida para la reconstruccion nacional (3) el General

(1) La autorizacion á que se refiere este artículo fué usada por el Gobierno de Córdoba en Octubre de 1818 «por haberse empezado á difundir especies perjudiciales á la quietud pública, procurando propagar el espíritu de anarquía de que se hallan poseidos algunos»; y el Congreso por resolucion de 6 de Noviembre del mismo año, autorizó para que continuara la suspension, debiendo dar cuenta. *Registro Oficial de la República Argentina*, t. I, pág. 478.

(2) Varela, pags. 332, 352, 378, 406 y 431. — *Registro*, t. I, págs. 122, 320, 452 y 506.

(3) Sarmiento primero y despues Alberdi establecieron que la *liga del litoral* de 1831 era el punto de partida del derecho público argentino, el primero en el periódico que publicaba en Chile, titulado *Sud América*, y en sus Comentarios á la Constitucion, y el segundo en sus Bases de la Constitucion. El General Mitre ha negado esto en un artículo bibliográfico publicado en 1872 en «La Nacion», á propósito del libro de Quiroga, *Manual del Ciudadano*, confirmando las ideas manifestadas en el Informe de la Comision examinadora de la Constitucion Federal á la Convencion de 1860, y en el que se afirmaba «que el derecho público nacional ó federativo, carece total-

Urquiza fué encargado de las Relaciones Esteriores, y con este título provocó una reunion de gobernadores de todas las Provincias en San Nicolas de los Arroyos.

De esta reunion salió lo que se conoce con el nombre de *Acuerdo de San Nicolas de los Arroyos* y que dió lugar á las tempestuosas sesiones parlamentarias de Junio. El Acuerdo resolvió que se cumpliese el Tratado ó Pacto de 1831, que en su artículo 16 manda «arreglar por medio de un Congreso general federativo la administracion general del país bajo el sistema federal»; nombró al General Urquiza Director Provisorio de la Confederacion Argentina y General en Gefe de sus Ejércitos; y convocó el Congreso constituyente que en la ciudad de Santa-Fé y el 1° de Mayo de 1853 sancionó la Constitucion de la Confederacion, que fué promulgada y publicada el 25 del mismo mes y año.

Esta Constitucion es la primera que usa entre nosotros de las palabras *Estado de sitio* para espresar la situacion que ellas comprenden, y tiene algunas prescripciones á su respecto.

En el artículo 23 dice: «En caso de conmocion interior ó de ataque esterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitucion y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio, la provincia ó territorio en donde exista la perturbacion del órden, quedando suspensas allí las garantias constitucionales. Pero durante esta suspension no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso, respecto de las personas

mente de antecedentes históricos vivaces entre nosotros: que su aparicion data de la Constitucion de 1853, copia de la de los Estados Unidos: y que el derecho público provincial argentino es el único que tiene raices en el pasado». *Diario de la Convencion*, pág. 93.

á arrestarlas ó trasladarlas de un punto á otro de la Confederacion, si ellas no prefieresen salír fuera del territorio argentino». El inciso 26 del artículo 64, dice que corresponde al Congreso el «declarar en estado de sitio uno ó varíos puntos de la Confederacion en caso de conmocion interior, y aprobar ó suspender el estado de sitio declarado durante su receso por el Poder Ejecutivo». El artículo 53 ocupándose de las atribuciones especiales del Senado, dice que: «Corresponde tambien al Senado autorizar al Presidente de la Nacion para que declare en estado de sitio uno ó varios puntos de la República en caso de ataque esterior». El inciso 19 del artículo 83, coloca entre las atribuciones del Poder Ejecutivo: «Declarar en estado de sitio uno ó varios puntos de la Confederacion en caso de ataque esterior, y por un término limitado con acuerdo del Senado. En caso de conmocion interior solo tiene esta facultad cuando el Congreso está en receso, porque es atribucion que corresponde á este cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescritas en el artículo 23»; y el inciso 20 siguiente: «Aún estando en sesiones el Congreso, en casos urgentes en que peligre la tranquilidad pública, el Presidente podrá por sí solo usar sobre las personas de la facultad limitada en el artículo 23, dando cuenta á este cuerpo en el término de diez dias desde que comenzó á ejercerla. Pero sí el Congreso no hace declaracion de sitio, las personas arrestadas ó trasladadas de uno á otro punto serán restituidas al pleno goce de su libertad, á no ser que habiendo sido sujetas á juicio, debiesen continuar en arresto por disposicion del juez ó tribunal que conociere de la causa».

En medio á los desórdenes consiguientes á una época

agitada, y en que era necesario acostumbrar á los caudillos que gobernaban algunas Provincias á someter los caprichos de su voluntad á los poderes constituidos, la aplicacion de aquellas prescripciones no debia hacerse esperar, tanto mas cuanto que causas especiales habian separado á la Provincia de Buenos Aires, y la lucha que produjo la revolucion de Setiembre de 1852, mantenia una situacion casi de guerra con el resto de la Confederacion.

V

Así, en 1854, el General Cáceres, invade la Provincia de Corrientes, buscando restaurar su predominio, y produce la conmocion interior prevista por la Constitucion. El Poder Ejecutivo Nacional por Decreto de 1° de Setiembre del mismo año declara la Provincia de Corrientes en estado de sitio por el término de treinta dias; pero en 11 de Setiembre siguiente lo levanta, mereciendo todo esto la aprobacion del Congreso por ley de 2 de Diciembre de aquel año. (1)

Al año siguiente una nueva invasion de Cáceres en la misma Provincia tiene lugar; y se hace necesaria una nueva declaracion del estado de sitio. El Decreto de 16 de Marzo de 1855 lo establece por el término de treinta dias; pero ántes de cumplirse este plazo, es derogado aquel por el de fecha 3 de Abril siguiente. (2)

Habiendo dictado el Congreso la ley de 20 de Mayo de 1859 por la que se autorizaba para llevar la guerra

(1) *Registro Nacional*, págs. 483, 491 y 569.

(2) *Registro Nacional*, págs. 645 y 653.

á la Provincia de Buenos Aires, por Decreto de la misma fecha se dan facultades ámplias á su respecto al General Urquiza por delegacion; y este en 8 de Octubre siguiente, declara en estado de sitio la ciudad del Rosario y su departamento por treinta dias, recibiendo la aprobacion del Poder Ejecutivo por Decreto de 10 del mismo mes. (1)

Concluido el conflicto que dió lugar á aquella declaracion, con el Pacto de 11 de Noviembre de 1859, uno nuevo se produce en 1861; y por ley de 14 de Junio de ese año se autoriza al P. E. para declarar en estado de sitio el Rosario y su departamento en el caso previsto por el artículo 67, inciso 26 de la Constitucion. Con esta delegacion el P. E. á su vez delega en el ministro en comision D. Nicanor Molinas la facultad de hacer tal declaracion, si lo creia oportuno, por decreto de la misma fecha. (2)

Pero mas tarde y agravándose la situacion se dicta la ley de 19 de Setiembre por cuyo artículo 1° se autoriza al P. E. « para declarar en estado de sitio la Capital provisoria de la República y *todos* los puntos del territorio argentino donde sea necesario defender las leyes y reprimir la rebelion »; y por el artículo 3° se declara que « la presente ley no altera en manera alguna las funciones del soberano Congreso federal, ni afecta las inmunidades ni prerogativas de sus miembros ». Y en consecuencia de ella y con su misma fecha se da por el P. E. el decreto correlativo que « declara en estado de sitio todo el territorio de la República por todo el tiempo que dure la presente guerra » (art. 1°);

(1) *Registro Nacional*, págs. 38, 40, 197 y 198.

(2) *Registro Nacional*, pág. 715.

y autoriza al Presidente «á delegar las facultades que le da el estado de sitio segun el artículo 23 de la Constitucion» (art. 2°). (1)

La batalla de Pavon, dando el triunfo á la Provincia de Buenos Aires, puso término á una situacion por demás embarazosa; y toda la República unida, se encontró al amparo de la misma Constitucion, que habia sido revisada en 1860 por una Convencion Nacional, á consecuencia de lo dispuesto en el Pacto del 11 de Noviembre de 1859.

Entre las disposiciones que habian sido objeto de reforma se encontraba precisamente una de las referentes al estado de sitio, cual era la del inciso 20 del artículo 83 que daba facultad al Presidente para usar respecto á las personas de las atribuciones que su declaracion acuerda aún en presencia del Congreso; y sobre cuya importancia el Dr. Alberdi habia dicho, manifestando que pertenecia á la Constitucion de Chile, que «si ella no constituye el medio mas poderoso de pacificacion y estabilidad que contenga este país, será muy dificil señalar cual otro sea, y muy dificil de disuadir de esa creencia á la opinion comun. Los que opinasen que en Chile haya hecho su tiempo, no por eso negarán que ha sido útil en el tiempo pasado, y que podrá serlo en un país que da principio á la consolidacion de su órden interior». (2)

(1) *Registro Nacional*, págs. 759 y 760.

(2) *Organizacion*, t. I, pág. 190, nota 1ª. — En el artículo bibliográfico, publicado en 1872 en *La Nacion* y á que ántes hemos hecho referencia se critica la opinion del Dr. Alberdi (t. I, pág. 179), de que el artículo 28 de su Proyecto de Constitucion, y con mayor razon el 23 de la vigente, es idéntico al artículo 161 de la Constitucion de Chile, y se da por fundamento que este se refiere solo á las personas y aquel á cosas y personas. No aceptamos la crítica, pues es inexacta: el artículo 161 combinado con el inciso 20 del artí-

Esta reforma, á mi juicio fué acertada, porque como decia el informe de la comision revisora, la disposicion importaba lo mismo que dar al Presidente « mayores facultades que al Congreso, poniendo á su disposicion la libertad de los ciudadanos en todo tiempo, lo que vale tanto como abolir las garantías individuales; y la limitacion de dar cuenta en el término de diez dias, es una garantía ilusoria, porque en ese término puede consumarse una arbitrariedad, sin que sea posible remediarla en muchos meses, puesto que el Presidente tiene la facultad de usar de ese poder discrecional, ó mas bien arbitrario, en todo el territorio de la República ». (1)

Se comprendia, como se comprende actualmente, que habiendo una declaracion de estado de sitio, se usase de las facultades especiales que trae consigo tal estado, pero que sin esta declaracion y en casos urgentes y en presencia del Congreso, el Poder Ejecutivo suspendiese toda seguridad personal, valia tanto como dar las facultades estraordinarias que la misma Constitucion habia tambien tratado de evitar. (2)

Lastarria con razon habia criticado la Constitucion de Chile en la disposicion del inciso 6º del artículo 36, punto del artículo á que nos referimos (3); y aun que en la Convencion de 1860, el Dr. Ugarte, haciendo com-

culo 82 de la Constitucion de Chile, es testualmente identico al 23 de la Argentina, así como lo son en las demás disposiciones. Basta la lectura de los testos para convencerse.

(1) *Diario de sesiones de la Convencion*, pág. 106.

(2) *Diario de Sesiones*, en el Redactor de la Comision, pág. 20, se critica en este sentido el artículo, agregando una série de consideraciones para fundar su supresion.

(3) *La Constitucion política*, pág. 58.

paraciones con la Constitucion de la Provincia de Buenos Aires, vigente entónces, no veia que tal disposicion pudiera poner en peligro la seguridad individual, ni que tuviera nada que tomarse de ella (1), no obstante prevaleció la opinion contraria y el artículo fué suprimido.

Despues de esta Convencion, las disposiciones de la Constitucion, referentes al estado de sitio, quedaron reducidas á las de los artículos 23, inciso 26, artículo 64, é inciso 19, artículo 83; que son hoy artículo 23, inciso 27, artículo 67, é inciso 19, artículo 86; y es de su aplicacion que debemos ocuparnos.

En el nuevo período que empieza en 1862, se declara el estado de sitio:

1° En la Provincia de Corrientes por ley de 12 de Agosto de 1862, por sesenta dias, pudiendo acortar el término el Poder Ejecutiyo si hubieran cesado las causas que lo motivaban (2);

2° En toda la República por decreto del Poder Ejecutivo de 16 de Abril de 1865, siendo autorizado por el Congreso por ley de 19 de Mayo del mismo año, por el término que durase la guerra con el Paraguay, que fué su causa, ó hasta tanto el Poder Ejecutivo lo creyese ó no lo creyese necesario (3), lo que tuvo lugar por la suspension decretada en 9 de Junio de 1868 (4);

3° En la Provincia de Entre Rios, á consecuencia de la rebelion de Lopez Jordan, por decreto de 2 de

(1) *Diario de Sesiones*, pág. 141.

(2) *Registro Nacional*, pág, 140.

(3) *Registro Nacional*, págs. 56 y 122.

(4) *Registro Nacional*, pág. 17.

Mayo de 1870, aprobado por ley de 12 de Agosto del mismo año, y el que duraria mientras durase la rebelion (1);

4º En las provincias de Corrientes y de Santa Fé, á consecuencia de la misma rebelion, por ley de 24 de Setiembre de 1870, por el término de sesenta dias (2);

5º En las provincias de Santa Fé y Corrientes por decreto de Mayo 3 de 1873, por la amenaza que hace pesar sobre ellas la guerra de Entre Rios, siendo este aprobado por ley de 31 de Mayo del mismo año (3);

6º En las provincias de Buenos Aires, Santa Fé, Entre Rios y Corrientes durante el término de sesenta dias, por ley de 24 de Setiembre de 1874 (4);

7º En toda la República por sesenta dias por ley de 26 de Setiembre de 1874 (5), cuyo término se próroga por noventa mas, en virtud del decreto de 24 de Noviembre del mismo año (6), declarando concluido en 26 de Marzo de 1875 (7);

8º En la Provincia de Buenos Aires, á consecuencia del incendio del colegio *El Salvador* dirigido por los jesuitas, por treinta dias á virtud del decreto de 1º de Marzo de 1875 (8);

9º En las provincias de Buenos Aires, Santa Fé, Entre Rios y Corrientes hasta la reunion del Congreso, y á causa de estar invadida la última Provincia

(1) *Registro Nacional*, págs. 67 y 69.

(2) *Registro Nacional*, pág. 117.

(3) *Registro Nacional*, págs. 199 y 227.

(4) *Registro Nacional*, pág. 603.

(5) *Registro Nacional*, pág. 608.

(6) *Registro Nacional*, pág. 704.

(7) *Registro Nacional*, pág. 178.

(8) *Registro Nacional*, pág. 113.

por grupos armados, por decreto de 27 de Noviembre de 1876 (1);

10. En la Provincia de Buenos Aires por decreto de Junio de 1880, aprobado por ley de Agosto, y el que debia durar hasta el 31 de Octubre del mismo año. (2)

Puede decirse, pues, que desde 1853 hasta la fecha, la República Argentina ha vivido bajo el estado de sitio; y si bien se pueden haber cometido algunos actos arbitrarios, no puede negarse que no ha sido funesto para las libertades públicas, y que las libertades individuales solo han sufrido en su encarnacion en las personas, y por escepcion en cuanto á la prensa. No es de este ejemplo, tan evidente en medio de las agitaciones y revueltas políticas, que podrian sacar argumento los teorizadores contra el estado de sitio, cuando así conviene á los intereses de partido. Dentro de la Constitucion no han cabido, ni caben los tiranos, y la tela de que estos podrian formarse desapareció con Rosas el 3 de Febrero de 1852 y con Urquiza el 11 de Setiembre del mismo año. Los revolucionarios y los déspotas guardan entre sí perfectísimo parecido, ha dicho Bluntschli (3): tanto rehusan las pasiones verse refrenadas por los límites del derecho!

(1) *Registro Nacional*, pág. 602.

(2) *Registro Nacional*, págs. 208 y 226.

(3) *Derecho público nacional*, t. II, pág. 242, nota 1, traduccion de E. Danero.

SECCION 2ª

EFECTOS DEL ESTADO DE SITIO

I

Habiendo examinado en el Capítulo anterior lo que es el estado de sitio, cuál ha sido su manifestacion en la historia, y cuál ha sido y es en la legislacion, debemos entrar á examinar las doctrinas dominantes en sus diversas relaciones, á fin de darnos una cuenta concluyente de su importancia como uno de los tantos resortes de nuestro organismo constitucional.

A este objeto dividiremos la materia en cinco partes:

1ª Cuáles son las causas que pueden dar lugar al estado de sitio;

2ª Cuál es la autoridad competente para declararlo;

3ª Lugares que comprenderá el estado de sitio;

4ª Estension del estado de sitio en cuanto á sus efectos;

5ª Cómo y cuándo cesa el estado de sitio, y responsabilidades que produce.

II

Si el estado de sitio es requerido en circunstancias determinadas, como un réjimen escepcional y fuera de todo gobierno regularmente constituido, ó si la facultad de establecerlo es inherente al gobierno (1), cual-

(1) El Dr. Pico, Procurador General, decia refiriéndose al estado de sitio, que era « facultad que en realidad compete á todo gobierno organizado. » *Fallos de la Suprema Corte*, t. II, pág. 435, 2ª série.

Donoso Cortes, estudiando los estados escepcionales decia : « El legisla-

quiera que sea su forma, siempre tendremos que deslindar claramente, cuáles son ó pueden ser las causas que lo producen.

¿Cuáles serán estas causas? ¿Deberán determinarse en las Constituciones ó en las leyes, ó se dejará su determinacion á la voluntad de las autoridades que deben decretar el estado de sitio? La naturaleza misma de la medida y su trascendencia para el organismo político y para la libertad civil nos determinan la contestacion á estas preguntas, de un modo tan preciso en cuanto es posible en estas materias, tan dificiles siempre de reducir en una série de líneas determinadas, de modo que dentro de ellas se encuentre todo lo indispensable para resolver las dificultades.

El estado de sitio es un estado anormal, é importa en sí mismo una limitacion á las garantias constitucionales, y en estos casos debe tener causas igualmente anormales. Si no entra en el órden regular de las instituciones de gobierno, ó si no es un medio ordinario de regular un pueblo organizado, claro es que su aparicion en el mecanismo gubernamental tiene que ser estraordinario.

En un momento dado, se produce uno de los tantos fenómenos sociales que entran siempre en la previ-

dor que, en tiempos de disturbios y trastornos, aspira á gobernar con las leyes comunes, es imbecil; el que, aún en tiempos de disturbios y trastornos, aspira á gobernar sin ley, es temerario. El derecho comun es la regla ordinaria de los hombres, en tiempos bonancibles. El derecho escepcional es su regla comun, en circunstancias escepcionales. Pero, así como el hombre en ningun tiempo puede caminar sin Dios, las sociedades en ningun tiempo pueden caminar sin ley. Véase por qué, á pesar de que una buena ley sobre estado de sitio es de todo punto imposible, era sin embargo entre nosotros de todo punto necesario ». *Obras*, t. II, pág. 199.

sion del hombre menos avisado en materias de gobierno; y una de dos: ó ese fenómeno puede ser conjurado por medio de los resortes ordinarios de la administracion, ó es necesario recurrir á los estraordinarios. Si lo primero, entra en el movimiento comun de los principios, y no hay por qué tomar precauciones, desde que ha debido producirse naturalmente. Si lo segundo, es indispensable examinar sus causas y buscarle un remedio tan estraordinario ó irregular como lo es el fenómeno en sí mismo.

Pero con esto no se habrá justificado si no la necesidad del resorte estraordinario. Mas, ¿quién garante que en los fenómenos comunes, y para los que bastan los recursos ordinarios, no se encuentren ó se quieran encontrar situaciones anormales, á fin de aplicar resortes igualmentes anormales? He aquí la dificultad que hace necesario proceder con cautela en estas materias.

Por regla general, para que el derecho escepcional pueda ejercitarse, es indispensable que una necesidad efectiva ó un peligro inminente de que llegue esa necesidad, se produzca con caractéres marcados. Fuera de aquí, el interés de un mayor desenvolvimiento social, una situacion que puede mejorar, pero que no amenaza de un modo directo el órden ó la estabilidad comun, no puede dar lugar á medidas estremas, sin que la escepcion se convierta en regla y la libertad desaparezca por completo.

Así todas las Constituciones están acordes en tomar como punto de partida esos principios, incorporando mas ó menos detalles. Desde Roma hasta la constitucion de Bolivia, todas admiten la medida escepcional, pero en casos igualmente escepcionales, y

siempre que el organismo de la vida ordinaria no sea bastante con sus elementos para satisfacer el órden público amenazado ó atacado.

Debe existir una necesidad de la limitacion, manifestada en el órden público, un peligro real ó inminente. ¿Cuando sucede esto? ¿Las prescripciones de nuestra constitucion han tomado este punto de partida?

El órden público se conmueve, ó en caso de un ataque esterior, ó en el de una conmocion. ¿Por qué pueden estos hechos hacer indispensables medidas estraordinarias? En el primer caso, porque ante la agresion estraña la soberanía del Estado se encuentra comprometida y la salvacion de la patria debe ser el único objetivo, y ántes tienen que sacrificarse todos los intereses y todas las garantías de observancia estricta en épocas normales. En el segundo, porque peligra el órden de la sociedad que es indispensable mantener como condicion de la misma garantía que se quiere protejer, y es apremiante proceder con la enerjía y la rapidez que exijen los sucesos, á fin de que la anarquía no venga á entronizarse.

En nuestra constitucion el artículo 23, que establece el estado de sitio, ha dicho que puede declararse «en caso de conmocion interior ó ataque esterior, que ponga en peligro el ejercicio de esta Constitucion y de las autoridades creadas por ella». Para que exista, pues, constitucionalmente el estado de sitio, es necesario que haya conmocion interior ó ataque esterior que produzca tal peligro. ¿Quién es el juez de tal peligro? Siempre que la conmocion, ó el ataque se producen existe el peligro, y las autoridades encargadas por la misma Constitucion de dictar tal medida, son

soberanas en la apreciacion (1), aún sobre las decisiones de la justicia federal, una vez que se trata de una medida de carácter político que escapa á sus resoluciones. (2)

Sin embargo, se ha discutido si el ataque esterior ó la conmocion interior deben ser un hecho real y efectivo, ó si basta que haya un peligro inminente de que se produzcan para que la medida sea lejítima, para que los poderes públicos se encuentren en el caso de dictar una disposicion tan grave que importa suspender las garantías constitucionales. (3)

A mi juicio, la facultad de declarar el estado de sitio es una facultad de que puede usarse no solo en el momento del ataque ó de la conmocion, sinó con mas eficacia, y quizá mas propiedad, para prevenir esa conmocion ó ataque y fuera del lugar en que la situacion violenta se ha producido.

(1) Story, t. II, pág. 208. — Blackstone, t. III, págs. 137 y 138. — Tuck. Black. Comm, t. I, ap. 291, 292.

(2) Pomeroy, págs. 418 y 419. — Whitting, pág. 300, nota 1, en la que transcribe una decision de la Suprema Córte en el caso de Hiawatha. Story, en el caso de Martin v. Mott, manifestando la opinion de la Corte decía: «Cuando un estatuto da un poder discrecionario á alguna persona para que lo ejerza segun su propia opinion sobre ciertos hechos, es una regla de perfecta construccion, que el estatuto le constituye el solo y esclusivo juez de la existencia de aquellos hechos». Curtis, *Rep.* t. VII, pág. 13. — Observadas las formas, dice Morin, ningun tribunal tendrá derecho para examinar la oportunidad de la medida: es este un principio que resulta necesariamente de la separacion de los poderes, así como le ha reconocido la Córte de casacion en su decision de 1832, y en decisiones recientes (12 de Julio y 21 de Setiembre de 1850). *Rep. de droit criminel,* verb. *Etat de Siège,* pág. 43.

(3) El Dr. Tejedor, Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, decia en su mensaje á la Asamblea Legislativa en 1° de Mayo de 1880: «Fuera de estos casos, del alzamiento en armas, del alzamiento público, no hay, no puede haber declaracion de estado de sitio». Estas mismas ideas las sostenia en 1865, como diputado al Congreso.

Nos conducen á esta opinion la naturaleza misma de la medida, los antecedentes estranjeros y los nuestros propios. Lo primero, porque se trata respecto á las personas, de una simple remocion, y producido el delito, la persona debiera ser entregada á la justicia militar ó comun, segun el caso, y de ninguna manera quedar á su voluntad esa remocion: producidos los actos de guerra civil, ya no es el estado de sitio el que domina, es el estado de guerra, y este arma á las autoridades de mayores poderes, limitados solamente por las necesidades de las operaciones militares: el estado de sitio es una medida intermedia, porque la amenaza del peligro lo es tambien. Lo segundo, porque así sucede en Francia (1), en Portugal, en Inglaterra, Estados Unidos (2), Chile, Brasil, siendo terminante en el

(1) Si para declarar el estado de sitio, debieramos esperar que una lucha homicida ensangrentase las calles y que la guerra civil enarbolase su odiosa bandera, decia Fourtanier, informando á las Cámaras francesas, maldeciriamos la imprevision de la ley que, encadenando nuestras voluntades, nos impondria el deber ántes de obrar, de presenciar impotentes la realizacion de las mas desolantes calamidades públicas... ¿Quién podria desconocer que cuando estas crisis desastrosas van á producirse, es mas político y mas prudente el prevenirlas por la prontitud y la enerjía de las resoluciones, que tener que reprimirlas por la fuerza de las armas? (Sirey, 1849, pág. 109). — Sin embargo la ley de 1878 ha reformado el artículo sobre el que se hacian observaciones, espresando que el peligro inminente debe resultar de una guerra estranjera ó de una insurreccion á mano armada. Quizá se tenga razon en esta reforma, dada la gravedad que envuelve el estado de sitio bajo la lejislacion francesa, pero el fundamento anterior no se destruye con esta consideracion, y mucho menos bajo el punto de vista de las prescripciones de nuestra Constitucion.

(2) Lincoln, en contestacion al manifiesto del meeting de Albany, manifestó en una carta que lleva fecha 13 de Junio de 1863 una opinion terminante al respecto. La ley de 1795 autoriza la movilizacion de milicias en caso de inminente peligro, Véase tambien Story, t. II, § 1209. — Martin, v. *Mott.* 12 Wheaton 19.

artículo 60 inciso 12 de la Constitucion del Ecuador, como se ha demostrado en la seccion precedente. Lo tercero, porque tal es la interpretacion uniforme que han recibido las prescripciones de la Constitucion. (1)

Sin embargo, este punto ha sido discutido en el Congreso, y los fundamentos allí alegados son bastantes para producir el convencimiento mas evidente, sobre la verdad de la solucion conseguida, cualquiera que pueda ser el punto de partida que se tome, ya sea la letra y el espíritu de las prescripciones constitucionales, ya la doctrina y la legislacion comparada.

Se trataba en 1870 de hacer estensiva á las Provincias de Corrientes y Santa-Fé el estado de sitio declarado para la de Entre-Rios á consecuencia de la rebelion de Lopez Jordan. El P. E. introdujo en el Congreso por la Cámara de Diputados un proyecto de ley á este efecto, y depachado favorablemente por la Comision de Negocios Constitucionales, se puso en discusion ante la Cámara.

En estas circunstancias, el Diputado Mármol opinaba que solo podia ponerse en estado de sitio el punto donde la insurreccion se declara, y que no estando en Santa-Fé ni Corrientes, lo que se solicitaba no era constitucional.

«Entiendo, decia, que el Congreso, ó el Gobierno en su caso, no pueden poner en estado de sitio, á estar al tenor de la Constitucion que nos rije, sinó el punto

(1) La ley de telégrafos dictada por el Congreso Nacional en 1875, dice en su artículo 7°: «El P. E. Nacional podrá en caso de guerra interior ó esterior, ó en la perspectiva de algun peligro inminente para la paz ó el órden público en todo ó en parte del territorio de la Nacion, suspender ó intervenir el servicio de las líneas telegráficas que se ligasen con los puntos convulsionados ó amenazados». *Registro Nacional*, 1875, pag. 515.

de la Provincia donde la insurreccion se declare. Este es el terreno á que llamo la atencion del Sr. Ministro y de la Comision: ellos creen que puede ponerse una ó mas provincias, por el hecho de aparecer en ellas la insurreccion, en estado de sitio; es decir, sostienen que porque haya una insurreccion en una provincia, pueden ponerse tres ó cuatro en estado de sitio. Siguiendo el rigorismo de la lógica, el absolutismo del principio que sostienen, tienen que llegar á esta conclusion: si hay algunos desertores que andan recorriendo los campos con sargento á la cabeza, si hay amigos de Lopez Jordan por allí, pongamos en estado de sitio á todas esas provincias. Esta es su doctrina.

«En verdad que la Constitucion por regla general dice: el Congreso, ó el P. E. cuando el Congreso no se halle funcionando, podrán poner en estado de sitio uno ó mas puntos de la República donde hay insurreccion. Esta es la regla general, es decir, si la insurreccion es en uno, dos ó tres puntos, esos puntos pueden ponerse en estado de sitio. Esta es la regla, y la prueba de que es la regla, es que viene la limitacion de ella en el artículo 23 de la Constitucion...

« La provincia donde existe la perturbacion, dice la *Provincia* en singular. Si fueran dos, tres ó cuatro provincias donde la perturbacion se hubiese hecho sentir, la Constitucion diria que en todos esos puntos debia ponerse el estado de sitio. Por consecuencia la mente de este artículo es esta: allí donde por los medios ordinarios no puede ejercer su accion impedida por actos de resistencia, allí puede poner el estado de sitio. De lo contrario vendrá á resultar un caso que ni las leyes ni los legisladores podrian aceptar nunca, y es que la disposicion constitucional que garante á todos los

habitantes del país contra todo acto arbitrario, sería un absurdo completo, puesto que, por haber una insurreccion en el estremo Norte de la República, el P. E. podria poner en estado de sitio el estremo Sud». (1)

Esta argumentacion era contestada de un modo concluyente y decisivo por el Ministro de Hacienda Gorostiaga, por el Ministro de Instruccion Pública Avellaneda y por el Diputado Rawson.

«Esta facultad, decia el segundo, corresponde á la tradicion del gobierno, y á la suspension del *habeas corpus* inglés: á este respecto todos los jurisconsultos americanos é ingleses, principiando por Gladstone, dicen que esta es una facultad preventiva dada especialmente para prevenir los peligros; y esto por una razon muy sencilla, porque cuando la revolucion ha levantado su pendon, cuando es preciso rechazar la fuerza con la fuerza de las armas, y que toma á los rebeldes y sediciosos por la fuerza, entónces se les entrega al juez competente para que les aplique la pena que designan las leyes. Así es que, desconocer que la facultad del estado de sitio es una facultad preventiva, es desconocer su naturaleza, es desconocer que ella se da para evitar los grandes peligros, para evitar que los que conspiran puedan reunirse y causar grandes males. Así, la facultad del estado de sitio es para ejercerla precisamente con los que simpaticen con la revolucion, con los que pueden ofrecerle recursos ó enviarles auxilios, á fin de evitar que su accion perniciosa no pueda hacerse sentir. Es solo con ese

(1) *Diario de Sesiones* de la Cámara de diputados del Congreso Nacional, 1870, pág. 555.

objeto que han ejercido esta facultad todos los gobiernos, tantos los de Europa como los de América.

«... Es un hecho resuelto por la legislacion y jurisprudencia Americanas que la amenaza de peligro inminente, importa tanto como el hecho mismo para el ejercicio de esta facultad. Es por eso que la Constitucion dice, movilizará las milicias para repeler invasiones; y las leyes de 1792 y 1863 reglamentaban esta prescripcion de la Constitucion, confiriendo ciertas facultades al P. E., por ejemplo, la de movilizar las milicias á objeto de repeler invasiones, ó cuando hubiese peligro inminente de tales invasiones. Y yo digo que si fuera necesario que el enemigo pisara nuestro territorio material y positivamente, para repeler la invasion, entónces querria decir que la Constitucion habia privado á este país y á su gobierno de los medios mas eficaces de defensa, y por conse cuencia, que habia querido que toda guerra fuese en su propio territorio y no sobre la frontera, puesto que no podria evitar que el enemigo pasase sus límites.

«Pero la Constitucion al estatuir en esta materia, solo ha establecido que el peligro sea inminente, no un peligro caprichoso y arbitrario, sinó un peligro declarado por las autoridades constitucionales á quienes compete discernir sobre el ejercicio de esa facultad.»

En seguida entra á analizar las prescripciones de la Constitucion de la República, y concluye refiriéndose al estado de sitio declarado por el Congreso en toda la República, durante la guerra del Paraguay, estado que se mantuvo, «cuando el ejército invasor se habia separado de la frontera y se internaba en lugares geo-

gráficamente desconocidos, como sucedió en el último período de la lucha». (1)

Por su parte el Diputado Rawson, fundando su voto en la discusion en particular, decia: «La facultad que la Constitucion difiere al Gobierno Nacional tomando la palabra en su acepcion mas lata, no solamente es para declarar en estado de sitio la provincia tal ó cual donde la insurreccion tiene lugar, sinó en todos aquellos en general donde hay un peligro conocido que puede ser conjurado por ese medio, y tan cierto es esto que en mi opinion, cuando la insurreccion está vencida, el estado de sitio no tiene alcance, ni objeto, ni propósito.

«Si se tratara de insurreccion, si fuera la palabra que la Constitucion ha usado, repito, que esta facultad consignada sería de todo punto sin fin práctico, porque ¿qué es una revolucion? Es una sublevacion armada, es una Provincia que se pone en armas para resistir á las autoridades de la Nacion. Si tal lo ha hecho pasando por encima de sus autoridades locales tanto vale para los objetos de la ley; pero en todo caso esa provincia está bajo el imperio de una rebelion, entónces la fuerza armada del ejército nacional puede combatirlas y vencerlas, y entónces no es necesario el estado de sitio, porque impera la ley militar allí donde la Provincia se convierte en campo militar. Cuando habla de conmociones interiores la Constitucion no se refiere á eso, sinó á esos crímenes que acompañan las grandes revoluciones armadas, pero que no es la rebelion. El medio indirecto es remocion de un individuo á otro punto de la República para alejarlo del

(1) *Diario de Sesiones* citado, pág. 558.

centro en que vive, es remocion de una persona que sabe que está conspirando, pero que no hay bastantes pruebas para juzgarla, tiene otros objetos, y sobre este punto llamo la atencion de la Honorable Cámara y del Señor Diputado»...

«El estado de sitio no solamente puede declararse en otro punto de aquel donde la insurreccion se ha pronunciado, sinó fuera tambien, donde la conmocion interior, haciendo uso de la palabra de la Constitucion, se hace sentir, es decir, allí donde, como lo han espuesto los Señores Ministros, hayan motivos muy culminantes para temer que si las cosas se prolongan, que si la campaña no tiene éxito, pronto puedan producirse tambien. Allí es donde está la conmocion interior, y allí es donde puede ejercerse con eficacia el estado de sitio». (1)

Despues de esta discusion, y en la que debia sufrir el proyecto en la Cámara de Senadores, el debate tenia que producirse sobre el mismo punto, aunque no ya con la misma intensidad, y abundancia de argumentacion. Aquí el Senador Quintana sostenia la interpretacion de Mármol, encontrando en el Ministro del Interior Velez Sarsfield un competidor afortunado en cuanto conseguia el triunfo de sus opiniones.

El Senador Quintana tomando por punto de partida el testo del artículo 23, afirma que: «no basta que haya un ataque esterior que ponga en peligro el ejercicio de la Constitucion, es necesario además, establecer este

(1) *Diario de Sesiones* citado, págs. 560 y 561. — El proyecto fué sancionado dominando estas ideas, y el estado de sitio fué declarado en Santa-Fé y Corrientes viniendo á justificar la prudencia con que se habia procedido, la invasion que sufrió mas tarde la última Provincia, y en donde vino á concluir la rebelion.

antecedente constitucional é indispensable: que ese ataque, que esa conmocion interior produzca una perturbacion que ponga en peligro el ejercicio de la Constitucion y el respeto de las autoridades en el lugar que pretenda someterse al duro imperio del estado de sitio... No estamos en una asamblea constituyente para discutir si hubiese sido mas útil, político y previsor que la Constitucion hubiera autorizado la declaratoria del estado de sitio por el simple amago de una perturbacion interior ó amago de una invasion esterior; estamos en un Congreso Legislativo con facultades perfectamente limitadas, que no puede salir de la órbita trazada por la Constitucion sin cometerse el mas grande de los atentados y de las violaciones á la misma Constitucion por los poderes públicos encargados de salvarla; y si deliberamos bajo el imperio de la Constitucion, si ajustamos nuestras relaciones á ella, no podemos acordar el estado de sitio desde el momento que no hay una perturbacion de tal género que ponga en peligro el ejercicio de la Constitucion en las Provicias de Santa-Fé y Corrientes». (1)

Despues de algunas consideraciones sobre la situacion del país, y la necesidad de limitar alguno de los derechos individuales para salvar la Nacion, como medida autorizada por la Constitucion, decia Velez Sarsfield: «Ahora en cuanto á lo que se ha dicho que la Constitucion solo autoriza el estado de sitio cuando hay conmocion interior ó invasion esterior, yo digo que estamos precisamente en el caso previsto por la Constitucion, puesto que la República se vé hoy amenazada de una conmocion y yo creo que, tanto en este

(1) *Diario de Sesiones*, de la Cámara de Senadores, 1870, págs. 768 y 769.

caso como en el de invasion estranjera, el gobierno no ha de esperar á que los enemigos pasen la frontera, puesto que ántes que la invasion haya pasado el territorio de la República, ya hay un peligro inminente. Así pues, cuando la Constitucion dice que por invasion estranjera ó por conmocion interior se puede declarar el estado de sitio, quiere decir que esa declaracion puede hacerse cuando haya peligro inminente de invasion estranjera ó de conmocion interior». (1)

Nada mas podriamos agregar á lo que se espresa en las transcripciones precedentes; pero como una prueba de la estension que se da á los términos «conmocion interior» que emplea el artículo 23 de la Constitucion, recordaremos un caso bien doloroso por cierto y que puso en evidencia la existencia de elementos disolventes y animados de las viejas preocupaciones de la Europa.

Con el objeto de deducir algunas peticiones al Arzobispo, tuvo lugar una reunion en la plaza de la Victoria en 28 de Febrero de 1875. Sea que en ella se hubiera tenido ó no otro objetivo, la verdad es que

(1) *Diario de Sesiones* citado, págs. 773 y 774. — Concluye refiriéndose á la discusion habida en la Cámara de Diputados. El proyecto fué tambien sancionado en esta Cámara, y convertido así en ley, como dijimos en nota anterior.

El Senador Sarmiento decia en 1875, discutiendo la ley de telégrafos, estas palabras que no fueron contestadas por ninguno de los Senadores que tomaron parte en el debate, no obstante haberse ocupado de otros puntos: «El estado de sitio no tiene que ver con la guerra, es una medida *preventiva* para que no se estienda si es una guerra civil, y para que no haya traidores que comuniquen al enemigo los planes del gobierno sí es una guerra nacional; pero no siempre es necesario... El estado de sitio es para los paises leales, para las Provincias que están sometidas al Gobierno, y no ponen resistencia, *simplemente como precaucion*». *Diario de Sesiones* del Senado Nacional, 1875, pág. 408.

de ella salió la idea de dirijirse al Colegio del Salvador regenteado por los Jesuitas; y una vez allí se prendió fuego al edificio, produciéndose en consecuencia todo género de atentados, teniendo que intervenir las fuerzas militares.

En esta situacion y por decreto de la misma fecha el Poder Ejecutivo en uso de la atribucion conferida por el inciso 19, artículo 85 de la Constitucion, declara la Provincia de Buenos Aires en estado de sitio por el término de treinta dias. «Importando, dice este decreto, los graves sucesos producidos ayer en esta ciudad, y los que aún amenazan producirse, un verdadero estado de conmocion interior, que pone en peligro el ejercicio de la Constitucion y de las autoridades creada por ella».

Apenas reunido el Congreso, el Senador Rawson, haciendo una lijera referencia á los sucesos que, segun él habian podido ser evitados, y creyendo que el P. E. debia haber dado cuenta no solo del decreto declarando el estado de sitio, sinó de las medidas tomadas en consecuencia, hizo mocion para que se pidiesen informes al respecto al Sr. Ministro del Interior. (1)

Resolviendo la Cámara de acuerdo con esta mocion, fueron solicitados los informes. El Poder Ejecutivo los espidió con fecha 14 de Agosto, sosteniendo, que no habia dado cuenta del decreto, porque lo habia dictado en ejercicio de un derecho propio; que la situacion de la Provincia de Buenos Aires, y la manera cómo se habian producido los sucesos habian requerido el estado de sitio, el que, aunque dado por

(1) *Diario de Sesiones*, 1875, pág. 401.

treinta dias, solo habia durado veinte y cinco, *no habiendo tenido un solo caso de aplicacion.* (1)

Esta comunicacion se mandó reservar en Secretaría á fin de que todos los Senadores pudieran informarse detenidamente de su contenido.

En la siguiente sesion de 17 de Agosto, el Senador Rawson, á cuya indicacion la Cámara habia solicitado los informes, presentó un proyecto de ley, estableciendo la obligacion por parte del P. E. de dar cuenta al Congreso toda vez que en caso de conmocion interior declarara cualquier parte de la República en estado de sitio. Este proyecto fué fundado en un estenso discurso en que sostenia la doctrina que él encerraba, haciendo algunas consideraciones sobre los sucesos del 28 de Febrero, la reticencia empleada en el informe, y la actitud de las autoridades de Policia. Pero nada se dijo sobre la legalidad de la medida en sí misma. (2)

Mas tarde, y en 1876, discutiéndose el proyecto del Senador Rawson, se examinaba la medida en sí misma por el Senador Sarmiento, y afirmaba que «sin el estado de sitio, sin esta presion que se ejerce sobre la voluntad, ó los propósitos criminales de los hombres, habria continuado el terrible desórden»; y para comprobar esto citaba los hechos siguientes que creia debió tener presente el P. E. al decretarlo.

«Cuando uno viaja por Inglaterra, decia, la alegre Inglaterra, como dicen los ingleses, cubierta de cesped y de árboles frondosos, salpicada de palacios, entre las grandezas que encierra, á cada paso, se encuentran

(1) *Diario de Sesiones*, 1875, pág. 463.

(2) *Diario de Sesiones* del Senado, 1875, pág. 480.

ruinas de antiguas Abadías y Conventos; templos de órden gótico que han costado millones y que son ruinas, y cuando se pregunta qué son esas ruinas, se contesta: vienen de que un dia hubo una escitacion pública contra los católicos, y por todas partes corrieron las teas incendiarias propagando las llamaradas, y quemaron todas las iglesias de toda la Inglaterra.

«Este un hecho poco antiguo. Véamos uno de 1830: gobernando el partido liberal en España, sucedió lo mismo que ahora dos siglos en Inglaterra.

«Persona que he conocido lanzó unas camisetas empapadas en aguardiente y alquitran sobre una iglesia á los alrededores de Barcelona. Esto lo divisaron de otros puntos inmediatos, y prendieron fuego tambien á las iglesias, y así en tres dias ardieron las iglesias de toda España. Se quemaron cuatrocientos á quinientos conventos, se perdieron como treinta á cuarenta millones de propiedades, y lo que es peor todavía, libros raros, manuscritos preciosos, obras de arte, cuadros de Velasquez y de Murillo, y los que salvaron fueron á parar á Francia. Desastres producidos por un hecho semejante al que comenzó en Buenos Aires.

«El Gobierno, pues, puso el estado de sitio para detenerlo y no habia que vituperarle». (1)

Pero el incendio del Colegio del Salvador por sí solo no pudo ser bastante en ningun caso para autorizar el estado de sitio por mas que sus autores merecieran el mas severo castigo. Ningun acto de los que precedieron al incendio dió á conocer que se tuviera

(1) *Diario de Sesiones* de la Cámara de Senadores, 1876, pág. 390.

por objeto alterar el órden político establecido ó que fuera precursor de este resultado. Se trataba de un delito comun, previsto y castigado por la ley penal, y la fuerza pública tenia los elementos bastantes para contenerlo como efectivamente sucedió con su sola presencia. El terreno no estaba preparado para las consecuencias de los hechos relatados por el Senador Sarmiento, tanto mas cuanto que el estado de sitio se decretó al siguiente dia, conociéndose su estension, y la accion producida por la fuerza pública.

Sin embargo, sin justificar la solucion, precipitada, á nuestro juicio, no desconocemos que la situacion política porque pasaba la Provincia, y apenas sofocada la rebelion de Setiembre de 1874, pudo hacer mirar estos actos, aunque no promovidos por los partidos políticos como precursores de los movimientos sediciosos que se anunciaban; y el P. E. quizo ponerse en guardia en tiempo, una vez que algunos de los elementos que actuaban se habian hecho servir á propósitos políticos por ajitadores estranjeros en otras ocasiones. (1)

En la colonia francesa de Guadalupe, el estado de sitio fué declarado por su gobernador en 1850, á consecuencia de repetidos y numerosos incendios que hicieron presumir un peligro inminente; y la Córte de Casacion consideró arreglada esta declaracion admi–

(1) Es bajo este punto de vista que el P. E. encaró los sucesos, pues decia en su mensaje á la Cámara de Senadores, que «la ciudad de Buenos Aires se encontraba en un verdadero estado de conmocion que amenazaba á las autoridades políticas como al órden social, y que principiaba á estenderse á los pueblos inmediatos, á lo que se agregaba que la represion de la rebelion estaba reciente, y la pacificacion no era aún completa, redoblándose la actividad y manejos de ajentes de aquella en situacion tan favorable para todo desórden». *Diario de Sesiones* del Senado, 1875, pág. 463.

tiendo que esos incendios habian constituido «un peligro inminente para la seguridad interior de la Colonia». (1)

No sería este, sin duda, un ejemplo bastante acertado para aplicar á nuestro organismo constitucional, dadas las ideas francesas á su respecto; pero es el único caso que conocemos en la legislacion y en la jurisprudencia, de aplicacion del estado de sitio por causa de incendios, que puede tener un carácter comun, y que la fuerza puede contener inmediatamente dispersando á sus autores, sin mayor resistencia.

El estado de sitio es una medida de carácter político; y no se debe ocurrir á ella sinó en los casos que así se presenten. Los delitos comunes, aquellos que por sus consecuencias inmediatas no pasan del interés individual con mas ó menos estension, esos no pueden ser objeto de actos que desnaturalizarian hasta su mismo castigo. El incendío es un crímen previsto y penado en la legislacion, y cuando se presenta sin complicacion alguna ó cuando la iniciacion se manifiesta como la consecuencia de otros actos, la accion de la justicia ordinaria basta y sobra para reprimirlo, sin suspender garantías que afectan á todos los habitantes.

La fuerza pública está para estos casos: ella debe bastarse para imponer el órden y detener á los culpables. Si no es así, y es necesario en todas estas situaciones recurrir al estado de sitio, podriamos decir con la Córte Suprema de los Estados Unidos «que cuando

(1) Sirey, *Recueil*, 1858, pág. 567. — Dalloz, Rep. verb. *place de guerre*, t. XXXV, pág. 951, nº 30 fin.

para salvar un país rejido por instituciones libres se requiere el sacrificio frecuente de los principios cardinales que aseguran los derechos humanos, no vale la pena de salvarlo».

III

La medida existe y tiene causas determinadas que le dan nacimiento en momentos especiales, consultando no solo el interés de los gobernados, considerados como agrupacion social, sinó tambien los derechos existentes. Pero ¿en quién se encuentra la facultad de dictarla? ¿Cuál de los poderes que constituyen el gobierno debe tomar sobre sí su ejercicio? He aquí lo que es indispensable examinar en garantía de la misma situacion anormal que se produce como consecuencia lógica.

Para las naciones que responden en su organizacion interna á una forma unitaria, ya sea monárquica ó republicana, la cuestion es mas sencilla, puesto que se reduce simplemente á saber á cuál de los poderes en que está dividido el gobierno, corresponde intervenir, cuando se trata de declarar el estado de sitio. Pero si la cuestion se presenta en una Nacion constituida bajo la forma federal, la complicacion es mayor, pues entónces existe un nuevo elemento que tiene que ser tomado en cuenta para la solucion. Ya nó se trata solamente de division entre poderes de un gobierno único; se trata de division entre las colectividades seccionales con facultades propias de una misma Nacion, pero que reclaman su parte de soberanía no delegada.

Así en el punto de que nos ocupamos necesitamos examinar:

1° Si en la organizacíon federal de gobierno, corresponde la facultad de dictar el estado de sitio, á la Nacion, á los Estados ó Provincias, ó á una y á otros, segun los casos;

2° Si en los poderes del Estado, corresponde al Legislativo, al Ejecutivo, á ambos conjunta ó separadamente segun los casos, ó á una rama de aquel y á este.

El réjimen federal (1), como forma constitutiva de gobierno en una nacion, es una manifestacion, ó mas bien aplicacion de las diferentes esferas de accion que tienen naturalmente las sociedades. El hombre en su conciencia, en sus manifestaciones puramente psicológicas, no obra sinó obedeciendo á sus esclusivas inclinaciones; y en su vida de relacion se limita y es limitado dejando para el conjunto lo que es comun y su naturaleza social reclama. ¿Por qué las fuerzas directivas no habian de responder á estas conclusiones?

Una nacion que tiene por condicion de su existencia la ocupacion de un territorio determinado, importa una série de agrupaciones segun las necesidades de la existencia, agrupaciones á que el suelo, el clima, y hasta el oríjen de los habitantes modifican y alteran, presentando diferentes fisonomias en la vida local; pero si hay diversidad en esta parte, hay tambien intereses que son comunes, ya en la conservacion, ya en la direccion. ¿Cómo atender á estas dos exijencias

(1) Sobre el empleo de la palabra federacion y confederacion, así como sobre el oríjen del artículo 35 de la Constitucion, puede verse: Sarmiento, Comentario, pág. 11. — Alberdi, Organizacion, t. I, pág. 68. — *Diario de la Convencion* de 1860, pág. 321.

igualmente respetables, igualmente indispensables?

Imitar el órden que la naturaleza ha impuesto en la agrupacion, entre hombre y hombre, tal debia ser la solucion. Dar, establecer dos esferas de accion: autónoma la una, heterónoma la otra. El gobierno local, obrando aisladamente en el manejo de lo propio; el gobierno general haciéndose cargo de los intereses comunes. Uno y otro emanando de un centro único, del pueblo ó de los Estados que en su totalidad constituyen la Nacion; independientes en la esfera de accion de los intereses que reclaman un movimiento esclusivamente propio, y coordinados en aquello en que recíprocamente se necesitan para hacer efectivo el ejercicio. «La política civil, dice Pomeroy, está basada sobre dos grandes ideas como fundamento y sosten: la idea del *self-government* local, y la idea de centralizacion. La primera fué tomada de los Sajones y otras tribus germánicas que invadieron el Occidente de Europa; la segunda es heredada de Roma. La una es la salvaguardia de la libertad, la otra la fuente del poder; libertad y poder, dos elementos que deben entrar en toda sociedad política... Un gobierno centralizado es necesario, á fin de que sea posible mantener la integridad de la nacion. Gobiernos de lo propio son necesarios, á fin de que la libertad individual sea bastante para impedir las usurpaciones del poder central y mantener la libertad de los ciudadanos... Quitad los Estados ó reducid sus funciones á una mera forma, y el gobierno general, aunque electivo se convertiria bien pronto en un despotismo. Quitad el gobierno general, ó reducidlo á una sombra y destruiremos nuestra prosperidad, y con ella los medios de mantener nuestra posicion é influencia

entre las naciones: inaugurariamos una era de postracion y anarquía peor aún que la de la Confederacion». (1)

Así, y como consecuencia de esta lijera esplicacion, el gobierno local ó municipal y el gobierno general ó nacional, tendrán fuera de aquellas facultades que hacen á la índole de sus funciones, ante todo y por todo, las que sean indispensables para conservarse en su carácter respectivo. Su conservacion es de esencia del réjimen federal; y cada uno tiene que tener los medios de mantenerla sin depender de la buena ó mala voluntad de cualquiera de ellos, una vez que si tienen fines comunes, los tienen tambien diferentes, y la absorcion ó el descuido puede hacer imposible su organismo.

¿A qué categoría de facultades corresponde la de declarar el estado de sitio? Si es una facultad que debe usarse en caso de conmocion interior ó de ataque esterior, ó de un peligro inminente de que estos hechos puedan producirse, debemos concluir que es una facultad de pura conservacion. Y siendo esto así, para que el réjimen federal sea una verdad, para que el mecanismo que obedece á sus principios funcione regularmente, ella tiene que existir no solo en el gobierno general, sinó tambien en los gobiernos seccionales, ser de la Nacion y ser de los Estados ó Provincias, no obstante las garantías recíprocas que dependen casi siempre, sobre todo en los casos de conmocion interior, de la apreciacion de hechos que se prestan la mayor parte de las veces á juegos irregulares.

(1) *Constitutional law*, págs. 100, 101 y 102.

Sin embargo, si esto pudiera afirmarse en abstracto, no es en este terreno que debemos mantenernos, tanto mas cuanto que la forma mista en el réjimen federal puede conducir á limitaciones mas ó menos exijentes, segun la idea predominante en las necesidades del organismo á que sirve.

La República Argentina se encuentra organizada bajo al réjimen federal misto, y hay otras naciones que se desenvuelven bajo un réjimen mas ó menos idéntico, con una centralizacion mas ó menos preponderante; y es en la legislacion respectiva donde debemos buscar prácticamente la solucion. ¿Qué dispone nuestra Constitucion, que disponen las demás Constituciones?

Como hemos visto ya el artículo 23 de la Constitucion, establece los casos en que puede declararse el estado de sitio, y determina las facultades del P. E. en lo que se refiere á las personas. El inciso 26 del artículo 67, dice que es atribucion del Congreso la declaracion en caso de conmocion interior, así como aprobar ó suspender la practicada por el Poder Ejecutivo en su receso. El inciso 19 del artículo 86, establece la facultad á favor del P. E. con acuerdo del Senado en caso de ataque esterior; y solo en este como en el caso anterior cuando el Congreso no está reunido.

Estas son las únicas prescripciones que contiene la Constitucion respecto al estado de sitio; y si bien en su presencia no se puede poner en duda que la facultad está concedida al gobierno federal, es necesario examinar si no obstante esto las Provincias pueden ejercerla separadamente ó como poder concurrente.

No es esta una cuestion nueva sin duda: ella se ha

prestado á opiniones diversas y á sérias discusiones, y puede decirse que permanece hasta ahora sin haber podido recibir una solucion de los poderes encargados de resolver los conflictos en los casos que comprometen sus facultades.

No tenemos antecedentes para juzgar los actos ejecutados desde 1853 hasta 1861 en que un nuevo órden de cosas se produjo por la incorporacion definitiva de la Provincia de Buenos Aires. Solo sabemos que debiendo someterse las Constituciones de las Provincias á la aprobacion del Congreso con arreglo á los artículos 5 y 103, lo fueron en efecto algunas que establecian la facultad de declarar el estado de sitio, y al ser examinadas fué suprimida dicha facultad. ¿Se hicieron estas correcciones porque se creyó que las Provincias no tenian tal facultad por haber sido delegada al Gobierno federal, ó porque se quizo negar su ejercicio á los poderes de provincia, como una garantía contra los abusos que pudieran cometerse?

Despues de esta época, y bajo la vijencia de la Constitucion, solo recordamos que la Provincia de Corrientes declaró el estado de sitio en 1862, viniendo el caso al Congreso, sin que se manifestara sobre su legalidad; y la Provincia de San Juan en 1863 por dos veces, dando lugar á la controversia de que despues nos ocuparemos y que quedó sin solucion.

Sin embargo, entre nuestros escritores y hombres de estado, y en los parlamentos, se han espresado opiniones diversas en diferentes épocas; pero caso alguno ha llegado hasta la Córte Suprema como para formular una opinion judicial.

Así, en 1853, comentando Sarmiento la Constitucion dictada en Santa Fé en el mismo año, sostenia que

las constituciones provinciales podian autorizar «á sus legislaturas respectivas á declarar en estado de sitio la Provincia, á convocar la milicia al objeto de suprimir insurrecciones, hasta que no pudiendo conseguirlo por sus propias fuerzas, pide la legislatura, ó si no pudiese reunirse, el gobernador, la intervencion del Presidente y de la milicia de otras provincias, ó de las tropas de línea y marina del Estado» (1). Alberdi, formulando un proyecto de Constitucion para la Provincia de Mendoza, establecia en el articulo 19 inciso 18, como atribucion de la legislatura ó Sala, como él la llama: «Declarar en estado de sitio la Provincia y suspender la Constitucion local por un término limitado, que no esceda de tres meses, en los casos de conmocion interior ó ataque esterior» (2). Ugarte, afirmaba que negar á los gobiernos de provincia el derecho de declarar el estado de sitio, importaba dejarles «moral y materialmente colocados bajo la estricta dependencia del Poder federal. Impotente para defenderse, si el peligro llega, sin derecho para vencer en la defensa, aunque pudieran, necesitan, para vivir seguros, la buena voluntad de los que ejercen el poder de la Nacion; y como estos son hombres, con sus debilidades y pasiones, los Gobiernos

(1) *Comentarios de la Constitucion*, pág. 203. — Esto lo sostuvo tambien en la Convencion de 1860, (Redactor de la comision, pág. 20), en la cuestion promovida á este respecto en 1863 con el Ministro del Interior, guardando silencio en 1876 en el Senado Nacional; y como Ministro del Interior en la Sesion de 2 de Octubre de 1879 del Senado.

(2) *Organizacion de la Confederacion Argentina*, t. I, pág. 348. — Es sin duda una facultad limitada cuyo alcance no está claro, si se tiene presente lo que se espone por el mismo escritor en la página 232, así como el silencio que guarda respecto á la doctrina sostenida por Sarmiento, no obstante ocuparse del estado de sitio en la página 99.

de Provincia necesitan acariciar la mano poderosa que los pueda salvar en el conflicto. Y esta doctrina acaba por ser forzosamente « una jurisprudencia unitaria aplicada á una Constitucion federal », como dijo el señor Sarmiento, Gobernador de San Juan (Nota al Ministro del Interior, de 26 de Junio de 1863) (1). Irigoyen, combatiendo las ideas manifestadas por Ugarte, decia: «Negar á los gobiernos de Provincia la facultad de declarar el estado de sitio, reservada por la Constitucion esclusivamente al Congreso, no es una tendencia al régimen de unidad. Es mas propiamente una tendencia al régimen de la libertad y del órden, de que tanto necesitan las Provincias Argentinas.... Si reservada al Congreso la facultad de declarar el estado de sitio, suele dilatarse, dejando en la República, la libertad y las garantías del millon de hombres que la habitan pendientes de la voluntad del ciudadano que ejerce la Presidencia, ¿qué sucederia si todos los gobernantes de las Provincias pudieran ejercer esa antipática atribucion? La salud pública, el peligro del órden, la conmocion, la anarquia, todas esas frases de que tanto abusan los que quieren desligarse de las restricciones de los principios y de las leyes, resonarian á cada momento en diferentes puntos de la República, y la Constitucion seria siempre una letra muerta para una parte de «Los náufragos de Virgilio» (2).

En el Congreso, el Senador Elizalde (R.) manifestaba que, no obstante no estar resuelto el punto por

(1) *Las Provincias ante la Córte*, págs. 9 y 16.

(2) *Justicia Nacional*, págs. 7 y 8.—El Dr. Garcia, no obstante plantear la cuestion, nada resuelve.—*Revista de Buenos Aires*, t. X, pág. 110.

la Constitucion, él creia que las Provincias tenian derecho para declarar el estado de sitio, en caso de ataque esterior, mientras toma intervencion el Gobierno Nacional, y en el de conmocion interior, en tanto pueda combatirla con elementos propios y no requiera la intervencion federal (1). El Senador Rawson, decia primero que no sabia si la Constitucion permitia este derecho, aunque creia que las garantías constitucionales quedaban suspendidas ante las autoridades nacionales; pero contestanto al Senador Elizalde afirmaba despues: «Las Provincias no tienen la facultad de declarar el estado de sitio, pero si la de su propia defensa, y la Constitucion muy acertadamentente dice que no podrán levantarse ejércitos sinó en ciertos casos, pero nada dice de la suspension de las garantías constitucionales. Es una cuestion que antes de ahora se ha debatido, dando por resultado que solo el Congreso y el P. E. Nacional en su caso, tienen derecho de declarar el estado de sitio en una Provincia; puede esta disponer de sus fuerzas hasta donde ellas alcancen, nada mas». (2) El Diputado Mármol, contestando una interrupcion en que se afirmaba que la Provincia de San Juan habia sido declarada en estado de sitio por su Gobierno, decia: «Yo no reconozco facultad en los Gobernadores de Provincia para declarar el estado de sitio ». (3)

Pero donde esta cuestion mas se debatió fué, sin duda, en la Convencion de 1870 que se ocupaba de la

(1) *Diario de Sesiones* de la Cámara de Senadores, 1862, pág. 280. — Véase mas adelante la opinion manifestada en la Convencion reformadora de la Constitucion de Buenos Aires.

(2) *Diario de Sesiones* citado, págs. 280 y 281.

(3) *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1870, pág. 557.

reforma de la Constitucion de la Provincia de Buenos Aires.

La Comision especial encargada de redactar la parte relativa al Poder Legislativo, habia proyectado dos disposiciones al respecto, bajo la base siempre de la facultad de las Provincias. Una decia que correspondia á aquel poder: «Declarar en estado de sitio uno ó varios puntos del territorio de la Provincia y por un tiempo limitado cuando su seguridad pública lo exija, sin perjuicio de las atribuciones del Gobierno Nacional. El estado de sitio solo autorizará al Poder Ejecutivo para el arresto de las personas, ó para trasladarlas de un punto á otro del territorio, no pudiendo pasar el arresto de tres dias, sin someter la causa al juez ordinario competente; pero si el ciudadano ó ciudadanos objeto de estas medidas, prefiriesen salir fuera del territorio de la República, el P. E. deberá permitirlo, debiendo en todo caso dar cuenta á las Cámaras del uso que haga de estas atribuciones». La otra decia: «Declarar en estado de sitio uno ó mas puntos del territorio de la Provincia, en caso de rebelion ó invasion que ponga en peligro el ejercicio de esta Constitucion y de las autoridades creadas por ella, quedando allí suspensas las garantías constitucionales, sin perjuicio de la facultad acordada por la Constitucion General al Gobierno de la Nacion. El estado de sitio, sin embargo, solo autorizará respecto de las personas, á arrestarlas ó trasladarlas de un punto á otro de la Provincia, si ellas no prefiriesen salir de su territorio. Durante el receso de las Cámaras podrá ejercer esta atribucion el P. E.». (1)

(1) *Debates de la Convencion*, t. I, págs. 188 y 189.

Estos proyectos, como se vé, concordaban en considerar como facultad de la Provincia la declaracion del estado de sitio, en hacerlo sin perjuicio de las facultades del Gobierno de la Nacion, y en dejar el ejercicio de ella al P. E. durante el receso; pero discordaban, en que la una establece como causa «la seguridad pública», y la otra «la rebelion ó invasion»; la una limita sus efectos á los del *habeas corpus*, con la obligacion de someter á juicio la persona dentro de tercer dia, si esta no quisiera salir, y la otra deja toda la amplitud de la prescripcion de la constitucion nacional; la una exije un tiempo limitado, y obliga al P. E. á dar cuenta, y la otra, ni exije tiempo ni impone esta obligacion.

El Convencional Saenz Peña, al iniciar en general la discusion de la Constitucion proyectada, manifestaba las resistencias que el primer proyecto, especie de *habeas corpus*, habia suscitado en la Comision, así como la aceptacion que habia merecido en la mayoría de la Comision central; y ofrecia demostrar, en el momento oportuno, que «los gobiernos de Estado en el réjimen federal, deben tener, para conservar el ejercicio del poder esta facultad» (1); pero desgraciadamente el discurso respectivo no aparece en la discusion, como ha sucedido con tantos otros.

Sin embargo, existe el discurso del Convencional Estrada (2) que combatiendo en general el estado de sitio como medida de un gobierno regular, se opone á que se establezca en la Constitucion de la Provincia, sea que lo impida ó no la Constitucion de la Nacion;

(1) *Debates de la Convencion*, t. I, págs. 289 y 290.

(2) *Debates*, t. I, pág. 585.

el de Alvear (E) en el que admitiendo las razones filosóficas de Estrada, cree que la facultad corresponde al Gobierno de la Nacion (1); el de Elizalde (R) en que afirma que es facultad esclusiva de los poderes nacionales, y que esta fué siempre su opinion, apoyándose en varios antecedentes y consideraciones (2); el de Quesada en el que recuerda que las provincias conservan todo el poder no delegado, que los representantes de las Provincias, se habian reunido en virtud de pactos preexistentes, y que «siendo esto así si hubiera un conflicto de atribuciones, ó dudas, esta cuestion debia resolverse siempre en favor de la Provincia, pues bajo el punto de vista de las doctrinas constitucionales, no cabe duda que las provincias tienen completa facultad para declarar el estado de sitio» (3); y el de Navarro Viola en que combate toda prescripcion á este respecto, y propone establecer la obligacion de observar el ejercicio de las facultades que la constitucion acuerda al Gobierno Nacional (4).

Sin embargo, á pesar de todas estas discusiones, podemos siempre repetir que la dificultad queda en pié, pudiendo examinar nuevamente la argumentacion con que dos hombres de estado, igualmente competentes en materia constitucional, la debatieron con altura é ilustracion en momentos dificiles para la República: Sarmiento, como Gobernador de la Provincia de San Juan, y Rawson, como Ministro del

(1) *Debates*, t. I, pág. 587.

(2) *Debates*, t. I, pág. 590.

(3) *Debates*, t. I, pág. 593.

(4) *Debates*, t. I, págs. 597 y siguientes. — Los artículos proyectados fueron rechazados, y el silencio se hizo en la Constitucion.

Interior, esponiendo sus propias doctrinas y las del entónces Presidente, General Mitre. (1)

Reasumiendo lo que dejamos espuesto, podemos reducir los argumentos en pró y en contra de la facultad de declarar el estado de sitio por parte de las Provincias, á las siguientes agrupaciones:

1° Los que se fundan en las doctrinas filosóficas que presiden la existencia del estado de sitio, como medida de gobierno;

2° Los que se fundan en las prescripciones del derecho positivo constitucional y en los principios que les sirven de base;

3° Los que solo se refieren á la conveniencia ó inconveniencia de que exista ó no la facultad en los Gobiernos de Provincia.

Respecto á los primeros nada agregaremos á lo que hemos establecido al fundar en general la existencia de la medida en la Constitucion, como concordante con el desenvolvimiento de un gobierno regular en la República; pero nos detendremos en el exámen de los demás, para fundar nuestra opinion, tratando primero de hacerlos conocer sucesivamente, á fin de que se pueda estimar su mérito respectivo, para que despues sea fácil apreciar la crítica á que los debemos someter.

Los que sostienen que las Provincias tienen la facultad, no obstante la que ha sido concedida al Gobierno de la Nacion, entran en las siguientes consideraciones:

1° Que el estado de sitio es inherente á todo gobierno,

(1) Esta discusion se produjo en un cambio de notas, y fué publicada oficialmente en un folleto bajo el título: «El estado de sitio segun la Constitucion Argentina». Es la discusion mas importante y estensa que se haya hecho sobre esta materia.

cualquiera que sea su forma, y que si los gobiernos de Provincia son tales y no simples *tenencias*, debe existir en ellos la facultad de decretarlo;

2° Que en nuestro réjimen de gobierno, las Provincias conservan todo el poder no delegado á los poderes de la Nacion en la Constitucion, y que si bien concedieron á esta el estado de sitio para su conservacion, no se privaron de él para ese mismo objeto, una vez que su existencia es necesaria en aquel réjimen;

3° Que la facultad es indispensable en las Provincias para la conservacion misma de la Nacion y para el ejercicio de sus poderes, pues en caso de ataque esterior ó conmocion interior los resultados dependen de las medidas que se tomen en el primer momento, y estas no podrá tomarlas el Gobierno General, y en el último caso, puede ser sofocada por la misma Provincia sin recurrir á este, una vez que tal recurso no existe como imposicion;

4° Que las reformas introducidas á la Constitucion comprueban y coroboran la afirmacion anterior; y que no siendo los gobiernos provinciales creacion de la Constitucion y reconociéndose la existencia de pactos preexistentes, quedó retenida en aquellos la facultad de todo gobierno para precaverse contra toda insurreccion ó invasion;

5° Que esta es la doctrina predominante en los Estados Unidos Norte-Americanos que conservan la facultad de suspender el *habeas corpus*, con el que el estado de sitio tiene identidad.

Los que combaten estas doctrinas, afirman por su parte:

1° Que existe una diferencia capital entre el estado de sitio, el habeas corpus y el estado de asamblea; y

así este último puede establecerse por las Provincias en casos estraordinarios como poderes concurrentes para ayudar al poder general (art. 108 de la Constitucion); la suspension del *habeas corpus* puede existir como un derecho en los Estados de la Union Americana, por su naturaleza, por la manera como se encuentra establecido en la Constitucion general, y por su objeto; y sin embargo no ser esto aplicable á las Provincias en la República Argentina;

2º Que la Constitucion ha establecido espresamente que la facultad es atribucion que corresponde esclusivamente al Congreso, desde que ha dicho en el inciso 19 del artículo 86, *porque es atribucion que corresponde á este cuerpo;* y estando así determinado, importa escluír toda intervencion de las Provincias;

3º Que la facultad no es inherente á todo Gobierno, por ser ó para hacer tal Gobierno, y necesita una declaracion espresa del pueblo que se la atribuya; porque trata de una privacion de los derechos primitivos del pueblo, cuyo principal objeto en el gobierno es conservarlos; porque la *salud pública* es un resorte condenado desde que se han establecido gobiernos regulares con poderes limitados por constituciones escritas; porque el Congreso desautorizó tal pretension, suprimiendo de las Constituciones de Provincia, cuando pudo examinarlas, la facultad que espresamente se arrogaban en este sentido;

4º Que el derecho político de la República y su organizacion, no dimanan de la soberanía de las provincias, sinó de la soberanía colectiva del pueblo Argentino reunido en cuerpo de Nacion y representado en Congreso, siendo aquella soberanía un derivado de la soberanía nacional, de modo que las

limitaciones que tienen sus poderes son del pueblo de la Nacion que es el que se reserva las facultades no concedidas; y así, si el pueblo ha dado la facultad á la Nacion y no la ha dado en el mismo instrumento á las Provincias, estas no tienen otra fuente de donde conseguirlas, y carecen de ella mientras una nueva voluntad no se manifieste en la forma consagrada;

5º Que no hay objeto, ni conveniencia en que las Provincias puedan declarar el estado de sitio; porque el poder de la Nacion debe concurrir á salvar sus dificultades, y una vez que lo hace ejercita el poder á su favor, siendo las autoridades provinciales las que llevan á cabo su aplicacion, segun los casos; porque la facultad en sí misma no tiene gran importancia teniendo otros medios mas eficaces en los momentos de conflictos que son los que da la guerra misma; porque es fácil que las pasiones de partido, los odios locales, estravien á las autoridades de provincia, y hagan ó que se repita la medida con perjuicio de los intereses de la Nacion, ó que se abuse en su aplicacion y traiga el descrédito ante propios y estraños, descrédito que fácilmente puede producirse en pueblos que solo han presentado el espectáculo de luchas contínuas, cruentas y estériles.

Por nuestra parte, y despues de estudiar detenidamente los fundamentos alegados, nos decidimos por la primera doctrina, creyendo que la facultad de declarar el estado de sitio pertenece tanto á los Poderes de la Nacion, como á los Poderes de las Provincias, como una consecuencia del organismo del gobierno que la Constitucion ha establecido, y de acuerdo con las doctrinas que han servido para su formacion.

Casi siempre que se suscita un conflicto entre las

atribuciones concedidas al Gobierno General y las que corresponden á las Provincias, al buscar la interpretacion y traer á estudio la legislacion y jurisprudencia estranjeras, lo primero que se hace, es el estudio comparado de sus oríjenes á fin de conocer la posibilidad de su aplicacion; y la historia de los Estados Unidos del Norte, y la de la República Argentina son puestas á contribucion, ya tratándose de probar que los antecedentes históricos son diferentes en la formacion del gobierno, ya de que no hay diferencia.

No damos gran importancia á la manera de tomar la cuestion, creyendo encontrar en los antecedentes históricos el fundamento de la solucion; y no se la damos, porque mas que cuestion de antecedentes es cuestion de la forma misma de gobierno adoptada, y de los principios que forzosamente deben dirijirla en su desenvolvimiento sucesivo.

Así, en los Estados Unidos tres teorías diversas se han presentado sobre el carácter esencial de la Constitucion, y sobre los Estados Unidos mismos como cuerpo político, teorías que han encontrado su iniciacion y su apoyo no solo en los hombres de estado mas eminentes sinó en la jurisprudencia de los mas altos tribunales. Son ellas:

1ª La que han llamado teoría imperialista ó nacionalista, que sostiene: que el pueblo de los Estados Unidos como una unidad política, existió ántes que la adopcion de la Constitucion, y no como consecuencia de este instrumento; que la Constitucion no fué obra de los Estados separados, considerando estos Estados como gobiernos organizados, ni de los pueblos de esos Estados, considerados estos pueblos como separados é independientes, soberanos, agregados, ó como comu-

nidades, sinó como la obra del pueblo de los Estados Unidos, como un todo, como una unidad política, que si no votaba para su adopcion en una masa consolidada de electores, lo hacia por razones de política y conveniencia, en sus respectivos territorios; y que en consecuencia los poderes no concedidos al gobierno general no se reservan por los Estados, sinó por el pueblo de los Estados Unidos para sí ó á los varios Estados; y este pueblo, como nacion viene á ser la única fuente de todos los poderes conferidos por el gobierno central y los gobiernos seccionales;

2ª La de la nulificacion, ó de los derechos de los Estados (*Stats Rights*) que toma como fundamento de sus principios: que los Estados Unidos nunca fueron una nacion, desde que por la revolucion de las Colonias, estas se convirtieron en Estados independientes reteniendo su soberanía durante la confederacion, la que no delegaron en la Constitucion, que no consideran sinó como un pacto, ó simples artículos de una asociacion; que el gobierno general no tiene mas poderes que los que se le han concedido, y que sus actos están sometidos en su cumplimiento á la voluntad de los Estados que pueden observarlos y anularlos; que los Estados son la fuente de todo poder, y que depende de la voluntad de cada Estado el formar ó no parte del tratado ó liga que voluntariamente aceptó;

3ª La que toma un término medio entre las dos anteriores, y dice: que los Estados son originariamente independientes, pero han renunciado á favor de los Estados Unidos una porcion de su soberanía, de un modo absoluto é irrevocable, y por lo tanto son esos Estados la fuente de todo poder concedido por la Constitucion; que la Constitucion no es un instru-

mento que importe un pacto ó liga entre Estados independientes, sinó una ley orgánica del nuevo cuerpo creado, cuya ejecucion é interpretacion corresponde á las autoridades creadas por ella, pero solo en cuanto á los poderes conferidos, pues los que no están conferidos quedan reservados á aquellos.

¿Cuál de estas teorías responde con mas ó menos verdad á la exacta teoría del réjimen federal? ¿Qué peligros entrañan respectivamente con relacion á la existencia del gobierno y á su mecanismo? ¿Es necesario recurrir á los antecedentes históricos de cada pueblo para juzgar del alcance é interpretacion de los principios directores?

En la diferentes teorías espuestas, claramente se percibe que todas buscan un mismo fin : establecer de un modo cierto la naturaleza de las relaciones entre el gobierno general y los gobiernos seccionales. Desgraciadamente el punto de partida puede llevar á las dos primeras á la centralizacion, ó á la descentralizacion, pero con peligro en una y otra de la estabilidad de la nacion por el despotismo ó por la anarquía.

Si debieramos inclinarnos á alguna teoría, no podemos ocultar nuestras simpatías por la última, que consulta á nuestro juicio los principios del réjimen federal, y que evita los peligros de una disolucion nacional á voluntad de los poderes seccionales.

La teoría nacionalista, busca la nacion, y disminuye, casi hasta anular, la accion de los Estados que forman parte de ese todo. En Estados Unidos fué seguida por Hamilton (1), Jay (2), Story (3), y ha tomado gran incre-

(1) *El Federalista*, N[os] 15 y 16.

(2) *El Federalista*, N[os] 2 á 5. 3 DALLAS, R. 419. (CHISHOFIN v. *State of Georgia*).

(3) *La Constitucion*, t. I, §§ 306 y siguientes.

mento despues de la guerra de secesion que puso en peligro la estabilidad de la gran república sosteniéndola en sus caractéres mas pronunciados, Pomeroy (1), Hurd (2), Browson (3), Tiffany (4). En la República Argentina el General Mitre y Rawson han sido y son sus mas entusiastas defensores, sosteniendo que no hay mas soberanía que la que representa el Gobierno de la Nacion.

La teoría de los derechos de los Estados busca el mantenimiento de estos como fuente y como oríjen de toda soberanía, y pone en peligro inminente la existencia de la nacion, anulando completamente su accion por el veto seccional. La inició Jefferson (5) en los Estados Unidos, aunque no la practicó durante su gobierno, la siguió Calhoun (6), y ha sido la gran bandera de la Confederacion del Sud en la guerra de 1861. En la República no conocemos defensores, aunque las contiendas civiles hayan podido hacer vertir algunas ideas á su respecto en ciertas épocas agitadas.

La tercera teoría, si bien parte del principio que la Nacion se ha formado por la union de los Estados, ella no pone en peligro la existencia ni del gobierno general, ni de los gobiernos seccionales, aunque pueda dar lugar á la mayor estension de los derechos reservados. En Estados Unidos ha sido sostenida por Madison (7),

(1) *Constitutional law*, págs. 59 y siguientes.

(2) *Essay on the law of Friedom and Bondage in the United States.*

(3) *American republic.* cap. 9 y siguientes.

(4) *Derecho Constitucional*, pág. 35 y siguientes.

(5) *Corresp.*, t. IV, pág. 415.

(6) *Works*, t. I, pág. 111, y t. VI, pág. 59.

(7) *Letters of Helvidius*, Nº 4.

Jackson, Marshall (1), Webster (2), Field (3), Taney (4) y la misma Córte Suprema, y puede citarse entre los últimos escritores á Bateman (5). En la República Argentina pueden citarse como defensores de la misma doctrina, y en cuanto á los principios de los derechos reservados, á Sarmiento (6), Gorostiaga (7), Alberdi (8), Ugarte (9); y no hay duda que en ese sentido es la teoría dominante entre la mayoría de los publicistas. (10)

La Comision que redactó el informe presentado á la Convencion de 1860, afirmaba « que el derecho público nacional ó federativo carece totalmente de antecedentes históricos vivaces entre nosotros: que su aparicion data de la Constitucion de 1853, copia de la de los Estados Unidos, y que el derecho público provincial argentino, es el único que tiene raices en el pasado ». Y esto agregado, ya á los hechos producidos despues de salir de la vida colonial y bajo

(1) 4, Wheaton, 316 (Mc. Culloch v. *The State of Maryland)*; y 9, Wheaton, 1, (Gibbons v. Ogden).

(2) Carta á los Barings de Londres en 1830. *Nile's Register*, t. LVII, págs. 273, y 274.

(3) *Trable's Case*, 13 Wallace, 406.

(4) Ableman v. *Booth ad United States v. Booth*, 21 Howard, 516.

(5) *Constitutional law*, pág. 181 y siguientes. — Este autor sostiene que ni Hamilton, ni Jay han defendido la teoría imperialista; y que en los escritores de alguna autoridad que la siguen solo están Story y Pomeroy, sobre todo este último.

(6) Nota al Ministro del Interior de 26 de Junio de 1863.

(7) Sesion de 1° de Agosto de 1862 en la Cámara de Diputados del Congreso Nacional.

(8) *Organizacion*, t. I, pág. 240.

(9) *Las Provincias ante la Córte*, pág. 19.

(10) Véase el Capítulo 3° y la Introduccion.

la accion preponderante del Cabildo de Buenos Aires, ya á los hechos producidos despues de la independencia y bajo la declaracion de los Cabildos y de los caudillos, tendremos como consecuencia lo que debe servirnos de punto de partida para la solucion histórica: la República Argentina, como Estado, como una personalidad en la comunidad internacional, manifestándose con todos caractéres de la unidad que tal personalidad importa, y como unidad interna, como régimen de gobierno, sin cohesion entre las partes componentes, en anarquía mas ó ménos pronunciada y con intérvalos de duracion variable, tanto en el hecho como en el derecho.

Sin duda que la Nacion ha existido, ó mas bien ha continuado despues de la revolucion y de la independencia; pero esa Nacion ha continuado como persona esterna, no en el órden interno en que la vida municipal predominó siempre y alguna vez llegó hasta poner en peligro aquella misma unidad.

Depues de las luchas que habian ensangrentado el suelo de la pátria, despues de las incertidumbres en materias de gobierno en que de la monarquía del hijo de Cárlos IV y del descendiente del Inca, se venia á la República unitaria siguiendo estas idea, ó á la República federal siguiendo los instintos de las masas y las ambiciones de los caudillos, la Constitucion de 1853, vino á imprimir su verdadero sello á la marcha sucesiva y constitucional de la Nacion.

¿Pero quién hizo esto? ¿En vírtud de qué movimiento popular, el régimen federal americano vino á imperar como forma definitiva de la República? Hé ahí el punto de partida para la solucion en el organismo del gobierno constituido.

La República Argentina fué constantemente una unidad para los demás Estados, pues en las épocas de ménos cohesion orgánica se cuidó siempre de presentarse así. Las relaciones esteriores nunca estuvieron en poder de cada uno de los poderes seccionales: hubo siempre uno de ellos que estuvo encargado de sostenerlas, manifestando de este modo que existia una Nacion.

Se afirma, pues, una verdad, cuando se dice que la Nacion existió desde el momento de la revolucion de 1810; ¿pero hubo una Nacion para el mecanismo del gobierno interno? ¿Quién formó el organismo constitucional que nos rije? Nosotros decimos fueron las Provincias, porque ellas existieron siempre con una cohesion mas ó ménos eficiente, como las familias forman el municipio, como los municipios forman los Estados, como los Estados forman la unidad internacional que imprime su marcha á la humanidad. (1)

La Nacion es una unidad de pueblo, de habitantes, para las demás naciones, porque tiene todos los signos esteriores que la representan y le dan una personalidad internacional, y estas no tienen porque inmiscuirse en la manera como por los resortes internos se ha llegado hasta allí. Pero la Nacion es una unidad de Municipios, una unidad de Provincias ó Estados, para su organismo interno porque es con estos factores que se pone en movimiento la gran máquina, que solo presenta un pueblo para las relaciones esteriores.

(1) El Dr. Quesada, en la entrega 3ª de la *Nueva Revista de Buenos Aires*, hace un estudio interesante sobre los orígenes del gobierno federal en la época colonial.

Así, afirmar en el órden interno que son los Municipios, que son las Provincias las que han existido préviamente, no es una herejía histórica, ni constitucional : lo primero porque se comprueba con la dislocacion mas ó menos completa que presentaron hasta las mismas manifestaciones de la revolucion y con la permanencia de su réjimen; lo segundo porque es «por voluntad y eleccion de las Provincias» y «con el objeto de constituir la union» que se reunió el Congreso General Constituyente.

No negamos que la fuente de la soberanía esté en el pueblo, y que en esa virtud se dé «aquellas instituciones que mejor estime para los altos fines de su independencia, de su libertad, de su bienestar y su progreso»; pero esa soberanía se manifiesta de una manera mas directa, y en su forma primera, en el barrio, en el Municipio, en la Provincia, en la Nacion y es en este órden en que la vida pública y constitucional se desarrolla y progresa, teniendo mas ó menos preponderancia, segun la proximidad del poder.

El pueblo, el conjunto de habitantes que componen una Nacion, no es una entidad especial que se encuentre en una agrupacion igualmente especial y fuera de los factores que deben dirijirla: está en la familia, en el Municipio, en la Provincia, y lo que quieren estos es lo que él quiere, porque es él mismo manifestándose en su forma sucesiva.

Así, cuando se dice soberanía del pueblo de la Nacion, se dice soberanía del Municipio y de la Provincia, sobre todo en el réjimen federal que hemos aceptado. ¿Por qué? Porque aquella soberanía se ha dividido en sus manifestaciones. Ha constituido el gobierno central, para los objetos generales y en los

que entra su personalidad internacional, y ha dejado los gobiernos locales como manifestacion genuina ú órgano directo de su voluntad.

El gobierno general ó central, como los gobiernos de Provincia, ambos representan la soberanía de la Nacion, porque representan la soberanía del pueblo. «Los poderes de soberanía están divididos entre el gobierno federal y los gobiernos de los Estados. Cada uno es soberano en los objetos que le han cometido, y no lo es con respecto á los cometidos al otro.» (1) «El gobierno general y el de los Estados, aunque existan dentro de unos mismos límites territoriales, son soberanías distintas y separadas, obrando independiente y separadamente entre sí dentro sus esferas respectivas.» (2)

El error consiste en que se confunde «la capacidad ilimitada, orijinaria y soberana del pueblo», con «la capacidad derivativa y subordinada» de los gobiernos — la soberanía del pueblo Argentino con la soberanía delegada de su gobierno dividida y limitada en todas sus divisiones (3); y así el gobierno de la provincia viene á ser la regla, por tanto, forma el derecho comun, y el gobierno nacional es la escepcion. (4)

Pero supongamos que nada de lo que dejamos espuesto sea admisible, y que sea una verdad incontrovertible la teoría imperialista, ¿será por esto diferente la consecuencia? Si el pueblo arjentino se ha

(1) Mac Culloch v. State, 4 Wheaton. 316.

(2) *Collector* v. *Day*, 11 *Wall.* 113. Esta es tambien la opinion de Webster, Taney y Field; y es la de Gorostiaga, Ugarte, Velez-Sarsfield.

(3) Ugarte. *Las provincias ante la Corte*. pág. 62.

(4) Gorostiaga. Sesion del 1° de Agosto de 1862 en la Cámara de DD.

reservado para sí y no para las Provincias todas las facultades no delegadas, la verdad es que su delegacion ha sido dividida; y así: si ha delegado al poder central, ha delegado al provincial; las Provincias *conservan* todo el poder no delegado al gobierno federal, y el que espresamente se hubiesen reservado; la Nacion solo tiene poderes espresos ó por implicancia, hay poderes concurrentes; y todos los poderes delegados llevan en sí mismos las facultades de conservacion para el ejercicio de esos mismos poderes.

No es necesario, pues, entrar á la discusion de las teorías fundamentales, para llegar á la consecuencia que aceptamos: el estado de sitio es esclusivo y es concurrente, entre el poder central y los gobiernos provinciales: en el central cuando es requerido ó interviene *motu propio*, y en los provinciales cuando resiste las conmociones internas con sus propias fuerzas, y en los casos en que aquel no ejerce sus facultades propias. El inciso 19 del artículo 86, al declarar que es atribucion que corresponde al Congreso, solo se refiere á las relaciones de los poderes nacionales entre sí, y no afecta á los poderes provinciales. Las declaraciones, derechos y garantías enumeradas en la primera parte de la Constitucion son restricciones impuestas á todos los poderes, y estan bajo su custodia segun su esfera de accion, y con responsabilidad ante el pueblo de la Nacion ó el pueblo de las Provincias: de otro modo la estension de los poderes conferidos vendria á ser inútil en estas si aquella debiera ser el guardian esclusivo de los principios, derechos y garantías. (1)

(1) El Dr. Ugarte, desarrolla con toda claridad y precision este pensamiento. *Las provincias ante la Corte*, pág. 84.

Fuera de estas consideraciones que hacen al fondo mismo de nuestro sistema de gobierno, las razones de conveniencias nos parecen secundarias y sin fundamento bastante (1). El abuso que pueda hacerse no es buen criterio siempre para las medidas ó atribuciones de gobierno. La existencia y la delegacion es necesaria ó no: si lo primero debe aceptarse, si lo segundo no debe existir. El estado de sitio como medida de conservacion y de defensa entraña sin duda todos los peligros de una medida semejante en el derecho privado; y su remedio en aquella como en ésta, no se encuentra en su supresion, sinó en hacer efectivas las responsabilidades, cuando se traspasan los límites que por su naturaleza misma tiene marcada. Puede abusarse en el órden nacional, como en el órden provincial: nada hace presumir «que son y serán constantemente buenos los que ejercen el poder en la Nacion; que son y serán constantemente malos los que ejercen el poder en las Provincias».

Los gobiernos de provincia no pueden depender, en cuanto á su conservacion para cumplir los fines que la Constitucion les ha designado, de la buena ó mala voluntad del gobierno general. Cada uno debe tener en sí mismo los medios de hacer efectivas sus atribuciones, porque en la esfera de su accion son completas é independientes respectivamente. Quitad esta fuerza de equilibrio, y el sistema de gobierno que hemos aceptado desaparecerá, ó para llegar al unitarismo, ó pára llegar á la anarquía. El organismo es delicado por lo mismo que es perfecto, y que todas sus fuerzas están ponderadas. En el silencio de la Constitucion

(1) El Dr. IRIGOYEN entraba en este terreno: *Justicia Nacional*, pág. 8.

los principios generales dominan, y el abuso posible no es suficiente para destruir su dominacion.

IV

Pero el gobierno de la Nacion como el de las Provincias, en la forma aceptada, conservan la division de los poderes, de modo que sus atribuciones para el cumplimiento de sus fines, se encuentran repartidas entre ellos. ¿A cuál deberán atribuirse las que se refieren al estado de sitio? ¿Será al Poder Ejecutivo, al Legislativo ó al Judicial esclusivamente, concurrentemente á los tres, ó á los dos primeros? La naturaleza de la medida tiene que servirnos de base para buscar la solucion.

En *Francia* la ley de 3 de Abril de 1878 hace predominar el elemento legislativo, estableciendo en su artículo 1° que solo una ley puede declarar el estado de sitio; pero en el artículo 2° faculta al Poder Ejecutivo con acuerdo del Consejo de Estado en el receso de las Cámaras, las que se reunirán dos dias despues; en el 3° dá la misma facultad en caso de ataque esterior, con acuerdo del Consejo de Ministros habiendo sido disueltas aquellas; y en el 5° solo dá á las Cámaras, una vez reunidas, la facultad de mantener ó levantar el estado de sitio decretado, debiendo entenderse esto último en caso de disentir en sus dos ramas. (1)

(1) Sirey, 1878, págs. 327 y 328. — Poudra, *Droit parlementaire*, págs. 39 y siguientes, en que analiza el derecho de las Cámaras respecto al estado de sitio, haciendo la historia de toda la lejislacion francesa.

En *Inglaterra*, como en los Estados Unidos, la lejislacion solo se refiere al *Habeas Corpus*. La suspension de esta garantía, corresponde al Parla-

En *Portugal*, el § 34, artículo 145 de su Constitucion, establece que el poder lejislativo, estando reunido, debe dictar la medida; pero no estándolo, debe hacerlo el Poder Ejecutivo, dando cuenta del uso hecho, siendo responsable de los abusos que se hubiera cometido. (1)

El *Brasil*, en el inciso 35 del artículo 179 de la Constitucion, sigue las mismas prescripciones que Portugal, estableciendo la necesidad de dar cuenta, y la responsabilidad en que incurren las autoridades segun el rol que hayan desempeñado respectivamente. (2)

El *Ecuador*, en el inciso 12 del artículo 60 de la Constitucion, establece que la declaracion corresponde al Poder Ejecutivo con el acuerdo del Congreso, y en el receso de este con el acuerdo del Consejo de Estado; pero si reunido el Congreso, en este último caso, durase todavía el estado de sitio, le corresponde decretar la cesacion á continuacion.

Para la Constitucion de *Bolivia*, en su artículo 26, la facultad es privativa del Poder Ejecutivo en cuanto al poder de decretarla, pero por el artículo 28 ordena se rinda cuenta á la próxima lejislatura con todos los incidentes ocurridos para hacer efectivas las responsabilidades.

mento (Fishel, t. I, pág. 164); y la acaba de decretar bajo el nombre de *Coertion bill* con motivo de los sucesos de Irlanda.

En *Alemania*, la facultad de declarar el estado de sitio corresponde al Emperador, segun el art. 68 de su Constitucion. Véase lo que dice Bluntschli, t. II, pág. 244.

En *España*, debe declararse la suspension de las garantías por ley, segun el art. 31 de su Constitucion. Lo mismo en *Austria*.

(1) Laferrière y Batbie, pág. 509.

(2) Laferrière y Batbie, pág. 615. — Arosemena, t. I, pág. 81. — Pimenta Bueno, t. II, pág. 441.

En *Chile*, el inciso 20, artículo 82 de la Constitucion, hace una distincion segun sea la causa que requiera la declaracion del estado de sitio. Si es un ataque esterior se hará por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Consejo de Estado y por un tiempo determinado. Si es una conmocion interior corresponde al Congreso, estando reunido, y no estándolo, al Presidente con el Consejo de Estado; pero en caso que el término no hubiere espirado en la época de su reunion, la declaratoria hecha por este se tendrá como una *proposicion de ley*. (1)

En los *Estados Unidos* Norte Americanos, solo existe en la Constitucion la facultad de suspender el auto de *habeas corpus* como vimos en Capítulo 3º. Estando esta prescripcion como una declaracion general, sin atribuirse especialmente á alguno de los poderes, la cuestion nació á consecuencia de la guerra de secesion, y á virtud de órdenes dictadas por el Presidente que sostenia corresponderle. El Congreso sanjó la dificultad dictando la ley de 1863 que dió ámplias facultades al Presidente, y que la Córte Suprema reconoció (2); pero tanto las facultades de este, como las del Congreso han seguido teniendo notables sostenedores. (3)

En el *Paraguay*, la Constitucion en su inciso 22, artículo 72, sigue la disposicion de la Constitucion de

(1) LASTARRIA, *Comentario*, pág. 126. — Este escritor en su proyecto de Constitucion que sirve de apéndice á su obra « Política positiva » pág. 474, solo dá la facultad de suspender ciertas garantías al poder lejislativo.

(2) 4 WALLACE, 2, ex parte MILLIGAN.

(3) Véase: *Op. at. gen.*, t. X, pág. 74. — POMEROY, pág. 473. — TIPFANY, págs. 283 y siguientes. — BINNEY, *The privilege of the writ of Habeas Corpus*.

la República Argentina, diciendo solamente en vez de «aprobar ó suspender», como dice esta, «aprobar y suspender», como facultad del Congreso para la declaracion hecha durante el receso de este por parte del Poder Ejecutivo.

Todas las disposiciones que ligeramente hemos recorrido, hacen pedominar el elemento lejislativo, cuando este está en aptitud de funcionar, con escepcion de Bolivia; pero todas estan tambien de acuerdo en hacer concurrir al Poder Ejecutivo, no solo en cuanto es necesaria su intervencion para ejecutar los actos, sinó aun para su iniciativa, á fin de que la medida sirva á los objetos que se han tenido en vista al establecerla, como una regla de gobierno en las conmociones interiores, ó en los ataques esteriores.

Veamos cuáles son los antecedentes en la *República Argentina*, y cuáles las disposiciones que deben aplicarse.

El Estatuto de 1811, que autorizaba la suspension de la seguridad individual por parte del Poder Ejecutivo, establecia la obligacion de dar cuenta inmediatamente á la Asamblea General, con justificacion de los motivos, sin perjuicio de la responsabilidad por la medida.

El Estatuto de 1815 en el artículo 21, Capitulo I. Seccion VII, ordenaba á *las autoridades*, que se viesen en la *fatal necesidad* de suspender las garantías de la seguridad individual, dieran razon de su conducta á la Junta de observacion y Escelentísimo Cabildo, quien examinaria los motivos de la medida y el tiempo de su duracion.

El Reglamento de 1817 en el artículo 24, Capítulo I, Seccion VII, y la Constitucion de 1819 en el artículo

122, Capítulo II, Seccion V, repitieron la disposicion del Estatuto de 1815; pero la Constitucion de 1826 en el artículo 174, entre las disposiciones generales, establecía que la suspension solo podia efectuarse, «á juicio y por disposicion especial del Congreso».

La Constitucion de 1853, reformada en 1860, despues de establecer en su artículo 23, los casos y la estension del estado de sitio, deslinda en el inciso 26, artículo 67, y en el inciso 19, artículo 86, las atribuciones respectivas de los poderes lejislativo y Ejecutivo:

1° Corresponde declarar esclusivamente el estado de sitio al Ejecutivo con acuerdo del Senado, y sin este cuando no estuviese reunido, en los casos de un *ataque interior*.

2° En los casos de *conmocion interior* corresponde al Congreso el declararlo estando reunido, y no estándolo al Ejecutivo, pero sujeto á la aprobacion ó suspension por parte de aquel.

La Constitucion, siguiendo el inciso 20, artículo 32 de la de Chile, ha deslindado claramente las facultades en cuanto á su naturaleza propia. De las que corresponden en los casos de ataque esterior ha hecho una atribucion puramente ejecutiva, pues el acuerdo del Senado tiene este mismo carácter; y de las que corresponden en los casos de conmocion interior una atribucion lejislativa, que es ejecutiva en su receso, y que revive para aprobar ó suspender.

La razon de estas diferentes prescripciones, segun los casos, no es difícil encontrarla. El ataque esterior es un hecho claro y definido, que no se puede prestar á interpretaciones diversas, y que no es posible que se finja, para ejercitar las facultades del estado de

sitio: las circunstancias son apremiantes, y los hechos que se producen á consecuencia del ataque pueden hacer difícil sinó imposible toda defensa y comprometer el honor del país, sinó se obra con prontitud y energía. ¿Quién mejor que el Ejecutivo para todas las medidas rápidas?

La Conmocion interior por el contrario, no requiere siempre una accion tan pronta y eficaz, y sus consecuencias, en todo caso, no tienen la gravedad de aquel. Ella viene casi siempre precedida de luchas políticas, en que las pasiones recurren á todos los medios con tal de consguir el poder ó anonadar á los adversarios; y como sus caractéres pueden ser confundidos ó finjidos para conseguir una arma que suspende todas las garantías constitucionales, es prudente que la discusion se produzca, y que en ella tomen parte los diversos intereses políticos que tienen su representacion en el Congreso. Por eso es al Congreso á quien se dá la facultad de declararlo, y la de aprobar ó suspender el declarado durante el receso por el Poder Ejecutivo, que es quien atiende en esa época todas las necesidades de la administracion. (1)

El deslinde es claro, sin duda alguna. Cada poder tiene designada la causa y el momento en que su accion debe hacerse sentir, y las discusiones promovidas en los Estados Unidos, con motivo del *habeas corpus*, no es posibles que se presenten.

Sin embargo, si no en el momento de ejercitar las

(1) Véase: LASTARRIA, *Comentario*, pág. 126. — *Diario de Sesiones del Senado*, en 1865, pág. 70; de 1870, pág. 769; de 1876, pág. 384. — *Diario de la Convencion*, pág. 142 y *Actas* pág. 20. — *Sirey*, 1849, págs. 107 y 109.

facultades, en cuanto se han ejercitado, puede suscitarse algun conflicto entre los poderes, conflicto que es necesario estudiar á fin de evitar las dificultades. siempre enojosas, que perturban la marcha regular de toda buena administracion.

En los casos de conmocion interior y cuando el Poder Ejecutivo ejercita las facultades constitucionales para declarar el estado de sitio, ¿lo hace como facultades propias ó deberá dar cuenta al Congreso? ¿La facultad de «aprobar ó suspender importa la de desaprobar los actos ejecutados por el P. E. durante el estado de sitio impuesto por su autoridad y que al reunirse el Congreso no existia ya?

Al estudiar las causas que pueden dar lugar á la declaracion del estado de sitio, hicimos mencion del caso acaecido en 1875, con motivo del incendio de un edificio de los Jesuitas. Entónces estaba en receso el Congreso, y el P. E. hizo uso de la autorizacion conferida en el inciso 19 artículo 86 de la Constitucion, por un término que concluyó mucho ántes que aquel se reuniera.

La gravedad del caso dió lugar á una mocion del Senador Rawson pidiendo informes, y aunque se produjeron, se negó por parte del P. E. la facultad de la Cámara para pedirlos. El Senador Rawson presentó, entónces, un proyecto de ley, para que el P. E. diera cuenta en todos los casos como el referido, á los diez dias de reunido el Congreso, para que este « pueda dar cumplimiento á lo prescripto en el inciso 26 del artículo 67 de la ley fundamental. » (1)

(1) Hé aquí el proyecto:

El Senado, etc.

Art. 1º.—Cuando en el receso del Congreso, el P. E. con la facultad que

El proyecto se discutió en las sesiones de 1876, siendo rechazado en la Cámara de Senadores por una gran mayoría.

Sin embargo esta cuestion trajo sérios debates, y divisiones de ideas entre los pensadores argentinos, una vez que aparecia, con caractéres mas ó ménos visibles, esa tendencia marcada á agrandar el círculo de sus atribuciones, tanto por parte del Poder Ejecutivo, como parte del Congreso.

Los que sostenian que el Poder Ejecutivo debia someter sus actos á la aprobacion del Congreso, alegaban como fundamento de su pretension:

1° Que la facultad de declarar el estado de sitio en caso de conmocion interior corresponde esclusivamente al Congreso, segun el inciso 19 del artículo 86 de la Constitucion.

2° Que si bien el Poder Ejecutivo tiene tambien esa facultad, segun aquella misma disposicion, solo es cuando el Congreso está en receso;

3° Que correspondiendo al Congreso «aprobar ó suspender» el estado de sitio declarado por el Poder Ejecutivo durante el receso, con arreglo al inciso 26 del artículo 67, este le debe cuenta de los actos ejecutados para hacer uso de aquella atribucion que puede alcanzar hasta la desaprobacion;

le confiere el inciso 19 del artículo 86 de la Constitucion, declara en estado de sitio uno ó varios puntos de la Nacion, á causa de una conmocion interior que ponga en peligro la Constitucion ó las autoridades creadas por ella, lo comunicará al Congreso dentro de los primeros diez dias de la apertura de sus próximas sesiones, en un mensaje especial, dando cuenta de los motivos de urjencia que hicieron necesaria aquella medida, del tiempo de su duracion, y de los diversos actos ejercidos bajo su imperio: á fin de que el Congreso pueda dar cumplimiento á lo prescripto en el artículo 67, inciso 26 de la ley fundamental.

Art. 2°. — Comuníquese, etc.

4º Que la doctrina contraria sería peligrosísima, puesto que el Poder Ejecutivo podria esperar el receso para declarar el estado de sitio, haciendo uso de las facultades que él confiere, sin considerarse obligado á dar cuenta de esa medida y de todas sus lamentables consecuencias. (1)

Los que sostenian la opinion contraria alegaban por su parte:

1º Que si bien el inciso 19 del artículo 86 establece que «en caso de conmocion interior solo tiene (el P. E.) esta facultad, cuando el Congreso está en receso, *porque es atribucion que corresponde á este cuerpo*», estas últimas palabras deben entenderse concluyendo el pensamiento de toda la disposicion, diciendo «que es atribucion que corresponde á este cuerpo» *cuando está reunido;*

2º Que la facultad corresponde tanto al Congreso como al Poder Ejecutivo: al primero, cuando está reunido, al segundo cuando está en receso; y que tal facultad en uno y otro cuerpo es propia, completa, originaria, como son todas las facultades constitucionales de los poderes en el mecanismo de nuestras instituciones, y en las que no son posibles las delegaciones;

(1) Véase: *Diario de Sesiones del Senado* de 1875, págs. 480 y siguientes, y de 1876, págs. 383 y siguientes.

Sin embargo, el Dr. Rawson, siendo Ministro del Interior, habia dicho: «Así es que ha querido que en el primer caso (conmocion interior) el Congreso espresamente declare el estado de sitio, y solo en el receso puede hacerlo el Poder Ejecutivo, dando cuenta al Congreso el que puede hacérlo cesar instantáneamente, mientras que en el segundo defiere al Poder Ejecutivo esta facultad exijiendo el acuerdo del Senado, se entiende cuando está en funciones». (*Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1865, pág. 73). — Mas adelante y en la misma sesion niega que el P. E. tenga que pedir la aprobacion del Congreso (en caso de ataque esterior), de lo hecho durante el receso, porque es de su esclusiva responsabilidad (pág. 81).

3º Que los términos «aprobar ó suspender» de que se vale el inciso 26 del artículo 67, no importan para el Poder Ejecutivo la obligacion de dar cuenta de sus actos y someter la medida á la aprobacion del Congreso: porque en contraposicion á *aprobar* usa *suspender*, y aunque lo contrario de *aprobar* es *desaprobar*, esta palabra no ha sido usada, á diferencia de lo que espresa el inciso 18, «admitir ó desechar», y el 19, «aprobar ó desechar» porque tales palabras se refieren simplemente á la continuacion ó no del estado de sitio que lleva siempre un término de duracion mas ó menos determinado, y como estando reunido el Congreso le corresponde la facultad, él debe resolver la continuacion ó no del que encuentra declarado al reunirse; porque no teniendo preeminencia un poder sobre el otro en el mecanismo del gobierno establecido por la Constitucion, no puede haber actos de censura que importarían una verdadera superioridad, y la facultad de desaprobar importa esto precisamente; porque el Congreso tiene otros medios, autorizados por la Constitucion, para conocer los actos producidos y dictar las medidas que puedan evitarlos en lo sucesivo, tanto mas cuanto que, con arreglo al inciso 11 del artículo 67, el Poder Ejecutivo debe dar cuenta anualmente sobre el estado de la administracion, y por el artículo 63 «cada una de las Cámaras puede hacer venir á su sala á los Ministros del Poder Ejecutivo para recibir las esplicaciones é informes que estime convenientes»;

4º Que todas las facultades como la de declarar el estado de sitio son graves y peligrosas por sí mismas, cualquiera que sea el poder que las dicte, y el abuso ó el error puede cometerse en su ejecucion; pero so pre-

testo de evitarlo no se pueden dictar leyes que traben toda la armonía de los poderes y trastornen el mecanismo fundamental. (1)

Por nuestra parte, aceptamos la opinion de los últimos, aunque no en todas sus consecuencias: creemos que la facultad corresponde tanto al Poder Ejecùtivo como al Congreso, y que el Congreso no tiene la de desaprobar el estado de sitio declarado y terminado durante el receso, aunque puede pedir los informes necesarios para el ejercicio de las demás facultades.

Fuera de las razones formuladas, la naturaleza de los poderes delegados, y la legislacion que ha servido de modelo en la redaccion de la disposicion, así lo comprueba.

Lo primero, porque en el mecanismo constitucional todos los poderes se armonizan y completan recíprocamente en tanto las atribuciones respectivas están coordinadas de modo á establecer un equilibrio que impide toda absorcion entre ellos, participando, segun el caso, de algunas de sus funciones. El Poder Ejecutivo ejecuta, el legislativo legisla, y el judicial juzga; pero su funcionamiento no es aislado sinó prestándose mútuo auxilio. Sin embargo, ejercitando sus facultades todos tienen una completa libertad, sin que pueda decirse que haya delegaciones, tanto mas cuanto que es un principio de derecho público que toda delegacion es prohibida en un réjimen de gobierno republicano. La superioridad de un poder sobre el otro no existe, porque todos son iguales y superiores: á ninguno se le ha concedido la palmeta del maestro, aun-

(1) *Diario de Sesiones del Senado*, 1876, págs. 383, 386 y 389 y siguientes.

que se vijilan, se completan y se equilibran en su ejercicio.

En la forma en que nuestra Constitucion ha establecido la facultad de declarar el estado de sitio ha seguido un órden, segun la gravedad ó dificultad del caso, que demuestra claramente su alcance. En los ataques esteriores ha dado mayor influencia á las facultades ejecutivas, de modo que el acuerdo del Senado, que entónces se exige, no viene á tener otro rol que el que tendria en el caso de los tratados, por ejemplo, y su negativa no nulificaria la accion de aquellas (1). En las conmociones interiores predominan las facultades lejislativas, aunque pueda tener intervencion el Poder Ejecutivo; y así una vez que concurren los dos poderes, es el Legislativo que predomina, como sucede en los poderes concurrentes entre la Nacion y las Provincias, pero sin que importe esto una dependencia recíproca que someta á una censura, y quedando los hechos consumados como producidos en virtud de una facultad propia y completa, que es siempre la consecuencia de los poderes concurrentes.

La censura entre los poderes, como medio de manifestacion, es un mal resorte de gobierno, porque quiebra y desacredita al que lo sufre, sin provecho para el buen réjimen, una vez que con ella concluye toda accion. ¿Cuál seria el alcance de una desaprobacion por parte del Congreso? Si su alcance fuera la acusacion y el juicio político, el acto prévio es inútil y compromete el juicio del Senado que debe

(1) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Congreso*, 1865, pág. 73.

convertirse en Tribunal; y si no es éste, la desaprobacion es un acto irrisorio, que deja á cada poder en su puesto, que no influye en su marcha sucesiva, y que establece un antagonismo que no produce sinó males: la Constitucion no ha podido, ni debido ir hasta aquí.

Lo segundo, porque, como hemos visto antes, las disposiciones sobre el estado de sitio han sido calcadas sobre las de la Constitucion de Chile que quiere robustecer la accion del gobierno; y segun estas las que ellas encierran corresponden á los dos poderes. Así el inciso 20 del artículo 82 dice que: «si á la reunion del Congreso no hubiese espirado el término señalado, la declaracion que ha hecho el Presidente de la República se tendrá por una *proposicion de ley.*» (1) ¿No importa decir esto claramente que si ha espirado no tiene intervencion el Congreso, y que si no ha espirado su intervencion se reduce á discutir solamente si debe continuar ó nó? Y si los incisos 19, artículo 86 y 26 artículo 67 de la Constitucion son un trasunto fiel de aquella disposicion ¿podríamos esplicar de otro modo las palabras «aprobar ó suspender?» ¿Podríamos decir que el Congreso tiene en todo caso el poder rescisivo?

Reunido el Congreso el estado de sitio declarado por el Poder Ejecutivo, cesa completamente, si aquel no resuelve su continuacion. Para ello, y una vez instalado, se le comunican todos los antecedentes necesarios para que pueda formar su opinion sobre la solucion que se proyecta, resolucion que viene á ser

(1) El inciso 12, artículo 60 de la Constitucion del Ecuador, dice mas claramente: «... Si reunido el Congreso durase todavía el estado de sitio, corresponde al Poder Lejislativo decretar la cesacion ó continuacion.»

lo que la Constitucion de Chile llama una proposicion de ley; y entónces lo hecho antes, el estado de sitio declarado por el Poder Ejecutivo, queda de la esclusiva responsabilidad de este, viniendo á ser lo que dicen los civilistas *res inter alias acta*. El Congreso aprueba ó suspende, no desaprueba, porque para él el acto lo toma en el momento en que el proyecto de ley se lo presenta, y queda completamente ajeno á lo producido bajo la accion de otro poder, y cuando el ejercicio de sus facultades estaban suspendidas.

¿Pero en este deslinde tan absoluto, podrá abusarse por el Poder Ejecutivo, y de tal abuso nadie podrá pedirle cuenta? ¿El Congreso deberá ignorar todo lo pasado, no podrá obtener antecedentes para el ejercicio de las demás facultades?

Creemos que el abuso es posible, porque en facultades de esta naturaleza la apreciacion personal tiene que influir casi decisivamente en la solucion; pero el abuso posible no puede ser buen consejero, desde que crearia una situacion de perpétua desconfianza que no se manifiesta. El Senador Sarmiento resolvia esto con un ejemplo que no dá lugar á controversia: «Hubo un Ministro, decia, que acosado por las revoluciones todos los dias, llamó á un injeniero para pedirle que construyera una fortaleza, en donde pudiera guardar el parque de artillería, y todos los chismes de que el gobierno se sirve para defenderse, porque era este el punto mas amenazado por los revolucionarios. El injeniero se puso á hacer el plano, pero al Ministro se le ocurrió la idea de que si la guarnicion se sublevaba á su turno, estaban perdidos. Entónces llamó al injeniero y le dijo, ha-

gamos la fortaleza de modo que tengamos por donde entrar en caso de que la guarnicion se subleve, tengamos un ladito por donde entrar. No, dijo el injeniero, las fortalezas son para defenderse, pero no pueden hacerse inespugnables y espugnables, al mismo tiempo lo uno ó lo otro. Lo mismo es el estado de sitio: es una fortaleza, pero no, por si es la guarnicion la que se subleva, es decir el Presidente, ejecutor del estado de sitio, dejémonos, dicen, una ventanilla por donde apoderarnos del Presidente. Pero es que no se puede hacer eso: es preciso que el Presidente tenga todo el poder moral, necesario para hacer digno uso del poder, de la fuerza, á fin de que no le hagan, como le han hecho, una rechifla despues que se ha pasado el miedo, porque no hizo uso del estado de sitio. Es preciso que pasemos por estas dificultades de la vida social y política.» (1)

Creemos que el Congreso tiene claramente determinados los medios de que puede valerse para conocer lo sucedido en virtud de un estado de sitio que no ha alcanzado, y que no necesita armarse con la facultad de desaprobacion, y convertirse en un censor del Poder Ejecutivo, pudiendo ejercer funciones mas altas y dignas. El Congreso puede pedir todas las esplicaciones é informes que estime convenientes (art. 63); y los ministros tienen el deber de dárselos. El Poder Ejecutivo debe dar cuenta de la administracion al abrir sus sesiones el Congreso (inc. 11 artículo 86), y cada ministro debe presentarle una memoria detallada del estado de la Nacion en lo relativo á los negocios de sus respectivos Departamentos

(1) *Diario de Sesiones del Senado Nacional*, 1876, pájina 395.

(art. 90). El Congreso somete á juicio político al Poder Ejecutivo en las causas de responsabilidad que se intenten por mal desempeño, ó por delito en el ejercicio de sus funciones, ó por crímenes comunes (art. 45). ¿Qué mas puede desear? ¿Quiere la censura, la desaprobacion, para someter un poder igual á las mayorías voluntariosas formadas casi siempre por intereses políticos ó por pasiones bastardas? ¿Pretende, acaso, suplantar el abuso del Poder Ejecutivo con su propio abuso? ¿Acaso su dictadura seria menos dura é insoportable que la del Poder Ejecutivo?

No: si el estado de sitio ha sido declarado y ha terminado durante el receso del Congreso, este no necesita aplazar especialmente al Poder Ejecutivo para que le haga conocer su existencia, porque ordenándolo la Constitucion, es á ella únicamente que debe referirse. El Mensaje del Presidente lo dirá, lo dirán las memorias, y si no fuera así se podria usar del derecho de pedir informes que acuerda el artículo 63.

Basta con esto: el Poder Ejecutivo ejerce, durante el receso, funciones tan propias como el Congreso, en los casos de conmocion interior, y de su ejercicio solo responde en la forma en que la Constitucion ha establecido. El inciso 26 del artículo 67 en las palabras «aprobar ó suspender» no ha dado la facultad de desaprobar los actos producidos ni la declaracion misma, no solo cuando todo hubiera concluido á la reunion del Congreso, sinó aun cuando debiera discutirlo como un proyecto de ley. Esta ha sido la solucion uniforme, y no se puede citar un solo caso en nuestra jurisprudencia constitucional, en que el Poder Ejecutivo se haya creido en el deber de dar cuenta

para recibir una aprobacion ó desaprobacion, ni el Congreso en el de exigirlo, no obstante, que son mas las declaraciones que desde 1853 se han hecho en el receso y que han concluido antes de la reunion del Congreso.

V

Discutidas las causas que pueden dar lugar á la declaracion del estado de sitio, nos parece fácil la solucion respecto á los lugares que puede abarcar, ó mas bien, si el estado de sitio debe declararse solamente en uno ó varios puntos de la República, ó si puede estenderse á todo su territorio.

Si es una facultad preventiva, como lo hemos dejado establecido antes, no es posible decir cuál será el límite de su ejercicio. El ataque esterior puede producirse en un estremo de la República, como puede producirse tambien en él la conmocion interior; y sin embargo por esto no puede afirmarse que no existan temores que nuevas complicaciones se produzcan en los demás puntos, complicaciones contra las que se considere prudente ponerse en guardia.

Es verdad que la manera como se espresa nuestra Constitucion no es tan categórica, que no dé lugar á dudas. El artículo 23 habla de «Provincia ó territorio en donde exista la perturbacion del órden»; y el inciso 26, artículo 67, y el 19, artículo 86, de declarar «el estado de sitio en uno ó varios puntos de la Nacion»; pero interpretando estas disposiciones conjuntamente, y teniendo presente el objeto de la medida, no se necesita emplear un gran esfuerzo de inteligencia, para concluir que la perturbacion del

órden puede hacerse general en todo el territorio de la República, ó todo él estar amenazado de esa perturbacion, no obstante que la lucha se presente en un estremo, y ridículo fuera el no encontrar la solucion en sus propios términos, haciendo ilusoria la medida en sí misma. «La Constitucion no ha dicho, argumentaba el Senador Navarro: no se puede poner en estado de sitio toda la República, sinó solamente dice que podrá poner en estado de sitio uno ó varios puntos; pero quien dice uno ó varios puntos, muy bien puede decir todos los puntos que comprende la República, segun los casos y segun las necesidades de la guerra ó de la invasion esterior. Si en el momento de la invasion no ataca mas que un solo punto del territorio, puede venir, sin embargo complicada con otros incidentes que amaguen todo el territorio, y pongan en peligro el imperio de la Constitucion y de las autoridades creadas por ella.» (1)

Como lo hemos dicho mas de una vez, la disposicion de nuestra Constitucion es precisamente en esta parte testualmente tomada de la correlativa (inc. 20 art. 82) de Chile que dice tambien «uno ó varios»; y es en virtud de ella que muchas veces fué declarado el estado de sitio en todo su territorio (2). Lo mismo sucedió en Francia bajo el imperio de la ley de 1849 (3). En Estados Unidos la suspension del habeas corpus, Lincoln la hizo general á toda la República en 1861; el Congreso la autorizó por ley de 3 de Marzo de 1863; y en 15 de Setiembre del mismo año el Presidente hizo uso

(1) *Diario de Sesiones* de la Cámara de Senadores, 1865, pág. 77.

(2) Véase Lastarria, *Com*, pág. 126.

(3) Sirey, 1849, pág. 109.

de esa autorizacion en sus términos mas ámplios (1). En Nueva Granada, en el inciso 12 artículo 60 de su Constitucion, faculta al Poder Ejecutivo para declarar en estado de sitio «integro ó parcialmente el territorio de la República por tiempo determinado» (2); en Honduras el artículo 21 de la Constitucion se pone en los dos casos diciendo «declarada la República ó un lugar de la República, en estado de sitio»; y en las demás Repúblicas Sud Americanas se emplean términos generales que evitan toda discusion especial.

Sin embargo, á pesar de los términos empleados por nuestra Constitucion, la interpretacion ha sido en su mas lato sentido; y así se ha declarado el estado de sitio en toda la República en diferentes ocasiones. En 19 de Setiembre de 1861, y en virtud de la ley de la misma fecha, el Poder Ejecutivo lo declaró, á causa de la guerra entre la Provincia de Buenos Aires y el resto de la Confederacion; producida la guerra del Paraguay, se decretó en 16 de Abril de 1865, siendo aprobado por el Congreso por acuerdo de 19 de Mayo; y por ley de 26 de Setiembre de 1874, y á consecuencia de la insurreccion de 24 del mismo, se hizo idéntica declaracion (3); no habiéndose reproducido desde entónces, aunque lo han sufrido varias Provincias conjuntamente.

(1) *U. S. Statutes at large*, 1862-63, pág. 755. — Lawrence, t. II, página 121.

(2) Arosemena, t. II pág. 417.

(3) En el Congreso se ha discutido en la Cámara de Senadores, en 1865 (*Diario de Sesiones*, pág. 70); — y en la de Diputados en 1870 (*Diario de Sesiones*, pág. 555).

VI

Entre la diversidad de cuestiones que suscita el estado de sitio, no son ménos importantes las que se motivan por la estension de las facultades que el envuelve, respecto á los poderes públicos que deben ejercitarlas.

Declarado un territorio en estado de sitio, ¿sus limitaciones se refieren solamente á las personas ó tambien á las cosas? ¿Se puede suprimir las publicaciones por la prensa, y hasta clausurar las imprentas? ¿Se puede operar la formal transformacion de todo el órden político, alterando los principios constitucionales de gobierno? ¿Sufre limitaciones el ejercicio del derecho electoral?

Si la declaracion del estado de sitio se funda en la necesidad de salvar el órden público comprometido por un ataque esterior ó una conmocion interior, las facultades que él atribuye á los poderes deben tener toda la estension indispensable para conseguir ese objeto; pero determinarlo, precisar los casos, seríâ, sinó imposible, sumamente dificil, cuando tuvieramos que atenernos á los principios generales. (1)

Felizmente casi todos los Estados que han incorporado á su constitucion una facultad semejante, han tratado de establecer su alcance y su interpretacion, ya con términos generales, pero claros y espresos, ya en un detalle mas ó menos minucioso. Escusamos su comprobacion y nos referimos á las transcripciones que hemos hecho en la Seccion 1ª de este Capítulo. (2)

(1) Véase: BLUNTSCHLI, t. II, pág. 245, que aclara esta consideracion

(2) En los Estados Unidos se ha discutido si la suspension del *Habeas Corpus* importa la suspension de los demás derechos garantidos en el *Bil of Rights* de la Constitucion. Véase: POMEROY, pág. 474.

Nuestra Constitucion al autorizar la medida por el artículo 23, ha dicho: «... se declarará en estado de sitio la Provincia ó territorio en donde exista la perturbacion del órden, *quedando suspensas allí las garantías constitucionales*. Pero durante esta suspension no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas á arrestarlas ó trasladarlas de un punto á otro de la Nacion si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino».

Y á nuestro juicio, en esta prescripcion se encuentran todos los elementos indispensables para la decision de las cuestiones promovidas, ya con una regla general, ya con sus escepciones. La regla general es *la suspension de todas las garantías constitucionales*. La escepcion, que no se *condenará*, ni se *aplicarán penas;* y las personas se *arrestarán* ó *trasladarán*. Fuera de aquí no hay nada de vedado á los objetos del órden público.

Suspender las garantías constitucionales, importa suspender los derechos que la Constitucion acuerda al individuo, ya en relacion á los demás individuos, ya en relacion á las cosas, y en cuanto es necesario para contribuir á repeler el ataque ó á sofocar la conmocion interior. Y así: el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados no son inviolables, y su allanamiento y ocupacion no necesitan formalidad alguna para efectuarse con intervencion de la autoridad judicial; tampoco es inviolable la propiedad que puede ser usada y tomada sin juicio previo; y el derecho de reunion y de asociacion puede ser suspendido ó negado segun el juicio propio del que ejercita las facultades.

Si el Poder Ejecutivo no formula condenaciones, ni aplica penas, ni dispone de la vida de los habitantes, priva á estos de su libertad, ó los remueve, y suspende sus derechos sobre las cosas. El individuo no puede ser peligroso para el órden público solamente por su persona, puede serlo tambien por las cosas que le pertenecen; y el Estado que ejercita un acto de legítima defensa, no puede carecer de los medios de impedirlo sobre estas. La Constitucion solo ha establecido las limitaciones en cuanto á las personas, para evitar los abusos de que fácilmente pueden ser objeto, y que pueden conducir á un despotismo insoportable.

Podemos decir, pues, que las facultades del estado de sitio se estienden no solo á las personas, sinó tambien á las cosas; y esta es la interpretacion que casi uniformemente ha prevalecido en nuestros mas distinguidos publicistas.

Durante la presidencia del General Mitre, el Ministro del Interior, Dr. Rawson, decia: «Entre tanto el estado de sitio, comprensivo de las personas y de las cosas, afecta directamente á unas y otras; suspende las garantías constitucionales, y aún elimina aquellos procedimientos que las autoridades tienen prescriptos para llegar hasta ellas». (1)

Durante la presidencia del Sr. Sarmiento, el Ministro del Interior Dr. Valez Sarsfield; el de Hacienda Dr. Gorostiaga, y el de Justicia, Culto é Instruccion Pública Dr. Avellaneda, sostenian en general aquellas

(1) Nota de 31 de Julio de 1861 dirijida al Gobernador de San Juan. Sin embargo en un artículo publicado en «*La Nacion*» sobre la obra *Manual del Ciudadano* de Quiroga, se afirma que el artículo 23 de la Constitucion á diferencia del 161 de la de Chile, solo se refiere á las personas.

ideas, que concordando con sus opiniones, el Senador Rawson, ilustraba diciendo: «... pero respecto de las cosas la garantía es perfecta, y el derecho de propiedad queda limitado tratando de la guerra y no puede ser de otra manera. Este punto está luminosamente tratado en un autor norte americano que acaba de escribir un libro, y ha sido mandado traducir por el Congreso. El dice que las autoridades nacionales tienen el derecho de tomar las cosas por dos motivos: primero, porque las necesita; segundo, para que no caigan en poder del enemigo, y cuando dice tomar, es desde luego sin la indemnizacion prévia. Esta facultad está implícita, depende del principio natural de propia defensa de la Nacion...» (1)

Durante la presidencia del Dr. Avellaneda, aquellas doctrinas no han sido negadas, y en las convulsiones producidas se han aplicado con mas ó menos estension. (2)

Resuelta de esta manera, y en general la estension del estado de sitio, ¿podemos decir que en esa resolucion está comprendido lo referente á la manifestacion del pensamiento por la prensa, y á la clausura de las imprentas que hacen dichas publicaciones?

(1) *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1870, pags. 552 y siguientes. — Véase tambien el *Diario de Sesiones* del Senado de 1865, págs. 71 y siguientes, y el de 1870, págs. 769 y 777.

(2) Entre las opiniones opuestas á la teoría sostenida durante toda la época que hemos recorrido solo recordamos la de Marmol, y por referencia de este, entónces, la del Dr. Tejedor *(Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1870, pág. 560), — quien en 1880, como Gobernador de Buenos Aires, decia: «Esta misma suspension puede entenderse, *si se quiere*, respecto á las cosas, aúnque la Constitucion nada diga espresamente...» «y en cuanto á las cosas, la facultad de disponer de ellas sin las formalidades de ley». *Mensaje del 1º de Mayo de 1880 á la Asamblea Lejislativa*, págs. 9 y 10.

Si el derecho de «publicar sus ideas por la prensa sin censura prévia» es un derecho de que gozan todos los habitantes de la Nacion, segun el artículo 14 de la Constitucion, y está comprendido entre sus «Declaraciones, derechos y garantías»; y si el estado de sitio, segun el artículo 23, suspende «las garantías constitucionales», la consecuencia lógica y necesaria es que su privacion entra legítimamente entre las facultades que él acuerda.

Si la imprenta es una cosa, una propiedad, que tiene la garantía constitucional de que nadie «puede ser privado sinó en virtud de sentencia fundada en ley»; y si el estado de sitio, suspendiendo las garantías constitucionales, afecta á las cosas como á las personas, la consecuencia tambien lógica y necesaria es que su clausura puede ser ordenada, si á juicio del Poder Ejecutivo ella es necesaria para los fines que se han tenido en vista al declarar aquel.

La medida puede ser prudente, necesaria ó no en ciertas circunstancias, y es en este sentido que alguna vez se ha encarado entre nosotros; pero la verdad es que ella se encuentra en los términos constitucionales, y tal ha sido la interpretacion uniforme de todos los gobiernos, de cualquiera que fuera el partido político á que hayan pertenecido los hombres.

Las constituciones y leyes especiales de los Estados, no han determinado prescripcion alguna respecto á la prensa, y en la Constitucion del Ecuador, solo hemos encontrado el inciso 4 del artículo 61, que entre los demás detalles, que establece, autoriza á «prohibir las publicaciones y reuniones que á juicio del Poder Ejecutivo favorezcan ó esciten al desórden» (1). En

(1) AROSEMENA, t. II, pág. 417.

Francia se discutió el punto con motivo de las leyes de 24 de Junio de 1848, y de 9 de Agosto de 1849, siendo rechazadas todas las enmiendas que se presentaron para negar la facultad al Poder Ejecutivo. (1)

Sin embargo, á pesar del alcance que damos al estado de sitio, creemos que no es posible afirmar entre nosotros que pueda llegarse no solo hasta impedir el funcionamiento de los Poderes que componen el Gobierno sinó mucho menos hasta alterar la forma misma de gobierno.

El estado de sitio, no importa las facultades estraordinarias (2), y es una medida de conservacion, que tiene por objeto, sobre todo en las conmociones interiores, defender los poderes constituidos: ni va al despotismo, ni á la anarquía. Su ejercicio da por existente el organismo aceptado, y á su completa lejitimidad concurren todos los Poderes (3). ¿Cómo podria concebirse una medida autorizada por la Constitucion, que puede ir en virtud de ella hasta su completo desconocimiento?

Bluntschli partiendo de que «á tanto cuanto se estienda la necesidad, á tanto deberá estenderse el medio adoptado para remediarlo», afirma que «cuando la causa de lo que se necesita está en la misma constitucion y esta no ofrece ningun remedio, conforme á su espíritu... entónces quien quiera la salvacion de la Nacion deberá procurar é introducir provisionalmente

(1) Véase: Sirey, 1848, pág. 95, y 1849, pág. 109.

(2) Véase lo que hemos dicho sobre esto en la seccion 1ª de este Capítulo.

(3) Montiel y Duarte en sus estudios sobre las garantías individuales, pág. 555, afirma que «no hay una sola garantía individual, cuya suspension entrañe la facultad de hacer cesar los poderes constitucionales de los Estados».

necesarias reformas en la misma constitucion». Con esto justifica á Guillermo IV de Prusia en 1849 y á Napoleon III en 1851, viendo en estos hechos «la aplicacion del derecho de justa necesidad y no un abuso, puesto que el pueblo prusiano como el francés, aprobaron y legitimaron todo lo hecho». (1)

Pero esto no puede admitirse como solucion general, y mucho menos en pueblos constitúidos en un réjimen de gobierno como el nuestro. Si bajo el punto de vista monárquico puede sostenerse la necesidad en semejante estension, en tanto hay un poder, que es el Poder Ejecutivo, que no cambia jamás, ó mas bien que no cambia su personal, no puede hacerse en los gobiernos republicanos que reconocen como única fuente de poder la voluntad del pueblo, manifestada por los medios á que de antemano se ha ajustado por su libre aceptacíon.

La teoría sería funesta, si la voluntad debiera ser árbitro de la situacion de un Estado, y su aceptacion nos habria hecho retroceder ante los verdaderos principios, que han circunscrito la vieja máxima *salus populo suprema lex est* dentro del respeto de todos los derechos inalienables del ciudadano, y dentro de la forma de gobierno que constituye la libertad política.

Sin embargo, Lastarria afirma que en la República de Chile se ha dado tal latitud al artículo 161 de la Constitucion que se ha llegado hasta sostener que no solo importa suspender las garantías constitucionales, sinó tambien todo el órden político, la anulacion del Estado, dictándose disposiciones que tal cosa importaban. (2)

(1) *Derecho público universal*, t. II, pág. 217 y nota 2.
(2) *Comentario*, pág. 213.

No ponemos en duda esta afirmacion, y comprendemos la posibilidad de los hechos, desde que el artículo 161 establece que «declarado algun punto de la República en estado de sitio, se *suspende el imperio de la Constitucion* (1) en el territorio comprendido en la declaracion»; y aunque de las demás disposiciones se desprende, su interpretacion genuina, puede decirse que suspender la Constitucion es suspender todo el órden político.

Pero bajo nuestra Constitucion esta suposicion nunca sería autorizada, puesto que el artículo 23, no habla de que el estado de sitio suspenda el imperio de la Constitucion, sinó de que quedan suspensas las garantías constitucionales, palabras que tienen su interpretacion clara y evidente en la doctrina y en la misma Constitucion.

El Senador por la Provincia de Cordoba, Dr. Cortes, decia en 1876 que «consideraba completamente indíjena la práctica ya establecida de mandar hacer y legalizar las elecciones, durante el estado de sitio ó suspendiéndolo solamente el dia de la eleccion», «como si fuera suficiente á garantir la libertad y la independencia del elector, el asegurarle de que ese dia no será preso ni destinado, pero sin que nada impida el que pueda serlo la vispera ó al dia subsiguiente». (2)

Sin duda, estas consideraciones no dejan de encerrar alguna verdad, una vez que se tiene que ejercitar un derecho de libertad y seguridad, en una situacion de

(1) La Constitucion de Honduras, recientemente promulgada dice tambien en su artículo 21, que «Declarada la República ó un lugar de la República en estado de sitio, *queda suspenso el imperio de la Constitucion* en la localidad á que se refiera la declaracion del estado de sitio».

(2) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1876, pág. 386.

limitaciones y de soluciones mas ó menos arbitrarias. Pero desde que el organismo del gobierno no ha desaparecido, desde que todos los poderes funcionan con sus atribuciones propias, tiene que concluirse que el estado de sitio no limita el derecho de sufrajio, indispensable para el mantenimiento de aquellos, y que su ejercicio por lo tanto tiene que hacerse como si tal estado no existiera.

Entre nosotros el Poder Ejecutivo siempre ha suspendido el estado de sitio en el dia designado para las elecciones. No creemos necesaria esta suspension porque para el ejercicio del derecho de sufrajio no existe aquel; pero siempre es una garantía á la libre emision del voto en el dia de ejercitarlo, que es cuando mas es indispensable.

¿Podrá abusarse ántes ó despues del dia de la eleccion? ¿Podrá el Poder Ejecutivo impedir un resultado desfavorable arrestando el dia ántes, ó aterrorizar con el poder de hacerlo el dia despues? No negamos que tal cosa puede suceder, aunque entre nosotros no se presentará ejemplo alguno, con apariencia siquiera de verdad, pero será la consecuencia de toda situacion anormal. El abuso es siempre posible, y en este caso mucho mas. ¿Tiene algun remedio?

No lo sabemos. Si la seguridad pública lo requiere, si hay ataque esterior ó conmocion interior que pongan en peligro la Constitucion ó las autoridades creadas por ella, el estado de sitio es un poderoso auxiliar, porque deja espedita la accion ejecutiva y rápida del poder administrador. Si mientras estas situaciones duran, es necesario renovar el Poder Lejislativo ó el Poder Ejecutivo, las elecciones tienen que decretarse y hacerse, para cumplir con los preceptos de la misma

constitucion que se trata de salvar. ¿Es posible una conciliacion que satisfaga á la exijencia de todos los derechos? Si se suspende el estado de sítio por todo el tiempo que duran las operaciones electorales (nos ponemos en el caso de un territorio declarado preventivamente en estado de sitio, pues si la revuelta se ha pronunciado, toda eleccion es imposible de hecho), el órden público que se ha querido garantir autorizando la medida será impunemente burlado, tanto mas cuanto que los trabajos electorales se hacen en reuniones de dificil sinó de imposible escrupulosa vijilancia. Si se suspende toda eleccion, mientras el estado de sitio es indispensable, por el temor de un abuso se llegará á resultados mil veces peores: al desgobierno completo por la falta de poderes, ó á la dictatura del Poder Ejecutivo, que sería lo mas probable. ¿Dónde elegir?

Pensamos que nuestros gobiernos han sido cuerdos al proceder como han procedido. El estado de sitio y las elecciones son necesarias, y si aquel no puede levantarse del todo, que se levante, al menos, el dia en que estas se efectúan, porque es en ese momento en que precisamente la completa libertad de accion es requerida. No es fácil el abuso cuando hay otros poderes coordinados que funcionan, y cuando hay un pueblo acostumbrado á las luchas libres que contempla los pasos del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, la práctica introducida á este respecto, no es *indígena* como lo decia el Senador Cortés. En los Estados Unidos la reeleccion de Lincoln, y la renovacion del Congreso, y en los Estados leales, la renovacion de sus poderes, durante la guerra de secesion que concluyó en 1865, se hizo no solo es-

tando suspendido el *Habeas Corpus*, sinó militarizado el país y bajo la vigencia y aplicacion rigurosa de la ley marcial. En Francia, el artículo 3º de la ley de 1878 solo se ocupa del caso de una disolucion de las Cámaras, y niega en general al Poder Ejecutivo la facultad de declarar el estado de sitio, pero la concede cuando hubiere un ataque esterior, sin perjuicio de ordenarse las elecciones (1). En Chile los gobiernos han procedido en el mismo sentido que los nuestros, concediendo, ó mas bien, levantando el estado de sitio el dia de las elecciones. (2)

SECCION 3ª

CESACION DEL ESTADO DE SITIO, Y RESPONSABILIDADES QUE NACEN DE ÉL

I

La cesacion del estado de sitio depende, en general, de las condiciones que constituyen su naturaleza, y que la acompañan desde su nacimiento. El ejercicio de un acto cualquiera cesa de hecho ó de derecho, conjunta ó separadamente : lo primero, por carecer de aplicacion ó por no hacerse efectiva esa aplicacion ; lo segundo, por la realizacion completa de las circunstancias que tuvo por objeto, y por la espiracion del término señalado. El estado de sitio no se separa de esta regla.

(1) Sirey, 1878, pág. 328.

(2) Véase Lastarria, *Comentario*, pág. 215, que cita tambien los decretos respectivos.

Así podemos decir, que el estado de sitio cesa:

1º Por el trascurso del plazo señalado á su duracion. Esta causa podemos decir que es una causa de hecho, puesto que debe su existencia al hecho producido independiente de otra circunstancia, es decir, al trascurso del tiempo que se supuso bastara para contener ó prevenir la alteracion del órden.

Su existencia es necesaria en toda declaracion de estado de sitio, desde que hemos visto que es una condicion para que exista tal estado legalmente que se le haya señalado un término de duracion. El término puede ser espreso ó estar implícito en el objeto mismo, y así se determina el número de dias ó meses que deberá existir, ó se dice solamente mientras dura tal conmocion, tal guerra ó tal situacion.

La razon determinante de la Constitucion se comprende fácilmente cuando es necesario estudiar la cesacion de la situacion anormal creada en las mismas disposiciones de sus garantías. Medida que se presta al abuso es indispensable evitar este hasta donde sea posible. Los individuos que las sufren deben conocer su estension para arreglar su conducta, y estar seguros que no se convertirá en una medida ordinaria de gobierno, que llevaría de la libertad al despotismo, de la ley á todo lo arbitrario. (1)

2º Por voluntad del mismo poder que lo declaró, ó de aquel que debe hacerlo efectivo.

(1) Bluntschli, refiriéndose á estas medidas dice que « no deben durar mas tiempo que el que tarde en desaparecer la necesidad. Por eso en muchos Estados ha sido limitado el poder dictatorial á breve período de tiempo determinado, con lo cual se trata de alejar el peligro de que el poder escepcional vaya dilatándose hasta convertirse en despotismo ». — *Derecho público universal,* t. II, pág. 246.

La declaracion del estado de sitio, como ya lo hemos visto, puede hacerse por el poder Ejecutivo, por éste y el Senado, ó por el Congreso. Declarado por el Poder Ejecutivo en caso de conmocion interior, cesa por su voluntad antes que se reuna el Congreso: reunido éste á él corresponde examinar y resolver si ha de continuar ó si debe cesar. Declarado por el mismo en caso de ataque esterior, de él solo depende su duracion ya sea que haya recibido el acuerdo ó no del Senado. Declarado por el Congreso por una conmocion interior, él mismo lo hace cesar, ó tambien el Poder Ejecutivo, sobre todo, cuando el término implícito ha dejado la apreciacion al que debia ejecutar las medidas.

Esto no puede ofrecer dificultad. Por regla general, el poder que tiene la facultad de dictar una medida, es aquel á quien corresponde juzgar de la oportunidad de su limitacion ó cesacion; pero esta afirmacion no es siempre completamente exacta, cuando se trata de un réjimen de gobierno como el nuestro.

La manera como están coordinadas sus funciones de modo que la division no sea el aislamiento ni la independencia completa, hace necesario que todos tomen una intervencion mas ó menos directa en cualquier solucion, y que concurriendo á un mismo fin participen de sus facultades sin el poder de trabar su marcha. Y en este sentido tanto el Poder Ejecutivo como el Lejislativo, ejercitando la facultad de declarar el estado de sitio, se coordinan y completan.

3° Por un estado de guerra completo, y vijencia de la ley marcial en el territorio en que fué declarado el estado de sitio.

Esta sería una cesacion de hecho, y lo sería tal, desde

que se encontraria absorbido por el estado de guerra, no obstante que para la ley existiria, una vez que el término de duracion no hubiera transcurrido.

El estado de sitio es una medida preventiva de un estado de guerra mas que de este mismo, y las atribuciones que autoriza están en consonancia con sus objetos, son para evitar que el mal se produzca mas que para combatir el mismo mal. La ley marcial es la ley de la guerra y las atribuciones que autoriza son radicales: no solo comprende en ellas las del estado de sitio, sinó todas aquellas que la suprema necesidad de salvacion autoriza y que no contradicen los principios de humanidad.

Así, bajo el estado de sitio el individuo es arrestado, y en seguida confinado y desterrado fuera del país: aquí concluyen las facultades sobre las personas. Bajo la ley marcial, se le arresta, se le somete á los tribunales militares y se le aplican las leyes terribles de la guerra. ¿Qué objeto tiene lo primero bajo la accion de lo segundo?

Mas que cesacion, pues, puede decirse que hay una absorcion, puesto que quien tiene lo mas tiene lo menos: el estado de sitio desaparece ante la ley marcial, porque esta no solo se comprende entre sus reglas sinó comprende otras de mayor estension. (1)

II

Ahora bien: concluido el estado de sitio en cualquiera de las formas que dejamos establecidas, ¿nacen

(1) Véase sobre la cesacion del estado de sitio: MORIN, *Répertoire*, t. II, pág. 47. — DALLOZ, *Répertoire*, t. XXXV, pág. 934. — LAFERRIÈRE, *Droit public*, t. I, pág. 400.

responsabilidades del ejercicio de las facultades que él atribuye?

En 1876 el Senador Sarmiento decia: «el estado de sitio bien ó mal declarado, hágase ó no mal uso de él, no da lugar á acciones, porque él se reduce á remover las personas de un lugar á otro sin dar las causas. Este hecho, puede ser acompañado de violencia, ó de alguna otra circunstancia que dé lugar á accion; pero es preciso no crear en la ley la apelacion, porque eso sería echar abajo, en el ánimo de aquellos que van á sufrir los efectos del estado de sitio, el principio consagrado por la Constitucion misma» (1). En 1870, el Senador Quintana, habia dicho tambien: «... porque el estado de sitio es tan irresponsable como opresivo, porque el estado de sitio escluye toda responsabilidad de parte del poder que lo ejercita, porque el estado de sitio no deja á los ciudadanos mas garantía que el acierto ó el error, siempre posible en la falibilidad humana de los mandatarios que desempeñan el ejercicio de la autoridad nacional». (2)

Creemos, en efecto, que puede concluirse en la irresponsabilidad, por regla general, porque ella es la consecuencia primera de la naturaleza de la medida, su objeto, y los momentos en que se ejercita; pero esta irresponsabilidad solo puede referirse á los terceros, y en cuanto se ponen en ejercicio las facultades constitucionales puramente.

Los actos de los poderes que constituyen el gobierno tienen, en tanto ejercitan las facultades que como rama del Gobierno les corresponden, una responsa-

(1) *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Congreso*, pág. 395.

(2) *Diario de Sesiones*, 1870, pág. 768.

bilidad y un medio de hacerla efectiva, en el juicio político, que se separa en los tribunales que juzgan y en los procedimientos y efectos, de los demás juicios que conocemos como ordinarios ó comunes.

Así, puede suceder, por ejemplo, que el Poder Ejecutivo, estando, como lo está autorizado para decretar el estado de sitio, abuse de la facultad, estableciéndolo sin la mas mínima causa de aquellas requeridas, y arreste las personas y tome las cosas con designios estraños á los objetos de la medida; y puede suceder tambien que dicte medidas que no están autorizadas, condene y aplique penas y no haga efectivo el derecho de opcion que autoriza el artículo 23 de la Constitucion. ¿Cuál será la consecuencia? ¿Qué remedio tendrá todo esto?

La medida y sus aplicaciones son, sin duda, discrecionales, pero lo son en los límites que la Constitucion ha determinado á su respecto. La irresponsabilidad absoluta no cuadra bien con el organismo de nuestro réjimen de gobierno que se funda en principios de garantías recíprocas, y parte de la libertad civil, como de la política. «Bien, puede exijir imperiosamente la necesidad, ha dicho Zachariæ, que se violen los derechos, pero nunca que en lugar del derecho se coloque la injusticia formal y duradera» (1); y Bluntschli, que «cuanto mas arbitrariamente se ejerza el derecho de necesidad, tanto mayor es el deber que tienen las personas que han hecho uso de él de dar cuenta de las medidas adoptadas, y salir responsables de ellas». (1)

Así, en los casos á que nos hemos referido, existe

(1) *Derecho público aleman*, t. II, pág. 153.

(2) *Derecho público universal*, t. II, pág. 246.

responsabilidad, y se hace efectiva por el juicio político que autorizan los artículo 45, 51 y 52 de la Constitucion, en tanto hay un mal desempeño ó un delito en el ejercicio de sus funciones; pero declarado el estado de sitio y ejercitadas las medidas que autoriza, el particular carece de todo recurso contra ellas. (1)

Sin embargo, en el segundo caso, el particular tiene que encontrar el medio de hacer efectivo el derecho que consagra, en el momento mismo en que se produce; y entónces, parece lógico sean los tribunales de justicia los que deban ampararle. El poder administrador hará ó no efectiva la resolucion judicial, pero entónces su responsabilidad será mas que nunca evidente, y quedarán reservados al particular los medios de conseguirla en el momento oportuno. (2)

Comprendemos que cuando se trata de responsabilizar los poderes del Gobierno, las dificultades son muchas, y así es necesario que lo sea, para que se haga posible la administracion de los intéreses públicos; pero no faltan ejemplos en otros países en que se ha hecho efectiva, respecto á los ejecutores de las medidas. Cuando en la guerra de 1812 á 1814, el General Jackson, ejercitando los derechos que le acordaba la ley marcial, puso preso al culpable y al juez que habia dictado un auto de habeas corpus, una vez concluida, tuvo que someterse á la condenacion que ese mismo juez le impuso por no haber dado cumplimiento á sus órdenes. Pagó la multa, no obstante la opinion favorable á sus actos produ-

(1) Véase Bumps, *Constitutional descitions*, pág. 102, que transcribe las conclusiones de los tribunales americanos en el sentido de la irresponsabilidad.

(2) Véase: Torres Caicedo, *Mis ideas y mis principios*, t. I, pág. 51.

cida por los combates de Nueva Orleans, y las suscriciones levantadas para hacerlo en su lugar; y recien en 1842, su importe le fué reembolsado con intereses por una ley del Congreso. (1)

Las precauciones, las garantías contra los abusos posibles en medidas arbitrarias por sí mismas y por los momentos en que tienen que producirse, deben establecerse, mas que para los actos ejecutados, para la autorizacion misma. Se declarará ó no el estado de sitio en tales ó cuales casos, y estos serán mas ó menos numerosos; pero una vez declarado hay que dejar á las autoridades la libertad de accion indispensable para producir los efectos deseados y garantirlas contra las molestias de los que se consideran heridos con las medidas adoptadas á su respecto.

No es esto, sin duda, autorizar todas las violaciones, todos los actos criminales que puedan cometerse á la sombra de una facultad que tiene mucho de dictatorial. Puede un individuo tener ó haber tenido ó no participacion mas ó menos directa en actos que hagan sospechosa su conducta; y puede una propiedad ser ó no necesaria para los objetos que han tenido en vista. El individuo se arresta y la propiedad se toma; pero sea cualquiera el juicio que pueda hacerse en ese momento, ó despues, no hay responsabilidad posible por estos actos que son la consecuencia del ejercicio de una facultad que solo depende del criterio del que se encuentra con ella investido. ¿Sucederá lo mismo con los abusos ó los actos criminales que á su sombra se cometan?

(1) LAWRENCE, t. II, pág. 117. — NOLTE, *Histoire des Etats-Unis d'Amérique*, t. II, pág. 120.

No: el juicio político y la accion de los particulares serán los medios de encontrar la reparacion. Su eficacia dependerá, sin duda, de las tantas circunstancias que influyen en todos los actos de la vida democrática; pero esto que puede llegar á ser una deficiencia en los resortes de la libertad, no sería nunca la consagracion de su negacion misma.

Las limitaciones impuestas á la libertad civil tienen por fundamento la mayor eficacia de esa misma libertad, y cuando la libertad política no concurre á ese desideratum, cuando los medios de gobierno no garanten aquella de una manera completa y eficaz, hay una deficiencia que es necesario llenar en los medios mas que en el fin. La irresponsabilidad del abuso, del delito, no puede concebirse en pueblo alguno organizado; y el abuso y el delito en el estado de sitio, es el abuso y el delito en cualquiera de los actos ordinarios de la vida civil.

CAPÍTULO VI

LOS PARTIDOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

I

Las grandes limitaciones que sufren las garantías constitucionales con la declaracion del estado de sitio, ó de la ley marcial, no son estrañas á los movimientos políticos que agitan el organismo de las instituciones libres, una vez que ellas se operan por causa, ó so pretesto de la defensa de esas garantías contra la usurpacion ó el abuso.

Siendo medidas de un carácter político, su apreciacion depende del momento en que se efectúan y de los intereses que actúan en las corrientes populares, casi siempre influenciadas por pasiones del momento. La vida democrática, que llama á todos los habitantes á tomar parte en el gobierno, apasiona mas fácilmente, porque no siempre los intereses del mas puro patriotismo son los móviles directores, y tras el éco vibrante del ajitador y tras los elementos secundarios que ponen en movimiento, se encuentra el frio cálculo del ambicioso político ó del traficante de mala ley.

De aquí que las divisiones se pronuncian, y en las mas pequeñas agrupaciones surjen fracciones con móviles diferentes, ya consistan estos en verdaderos

principios, ya en puras ambiciones personales, realizando la afirmacion que Milton (1) pone en boca de Satanás de que, «el gobernar es digno de ambicion aunque sea en el infierno». Los partidos políticos se presentan y á su alrededor se agrupan todos los que se interesan en la decision de los problemas que se manifiestan en el mecanismo gubernamental.

II

Lieber ha dicho que se debe entender por un partido «un número de ciudadanos que, por algun período y no momentáneamente, obran unidos respecto á algunos principios, intereses ó medidas, por medios legales, manteniéndose dentro de los límites de la ley fundamental, y por una real ó sinceramente supuesta felicidad de la comunidad». Faltando estos requisitos se formará una faccion, pero no un partido. (2)

Pero esta definicion que cuadra perfectamente á la índole de los partidos, cuando estos se consideran formando parte del mecanismo gubernamental, no puede tomarse como modelo á nuestro juicio, ó tomándola, las conclusiones pueden llegar á ser diferentes segun los casos.

(1) PARADISE *lost, Book I: « . . . and in my choice to reign is worth ambition though in hell: better to reign in hell than serve in heaven.»*

(2) *Politicat ethic.*, t. I, pág. 253.—ESTEBAN ECHEVARRIA decia en su *Manual de enseñanza moral*: «Políticamente hablando, un partido es el que representa alguna idea ó interés social; una faccion, personas, nada mas». GASTON BOISSIER en su obra *L'Oposition sous les Césars* hace un estudio curioso sobre los partidos políticos en Roma.

En efecto: en el mecanismo de los gobiernos en que el pueblo no toma parte directa é inmediata en la composicion de los poderes, la existencia de los partidos con un carácter consistente, y con los fines que le atribuye Lieber, y con él casi todos los escritores europeos, es una necesidad, y mas que una necesidad una imposicion que pesa sobre los habitantes todos de la nacion; y así en las monarquías donde el soberano manda solo, ó puede llegar á la disolucion de los otros poderes, los partidos no son solamente el elemento de resistencia, sinó la válvula que sirve de escape á la dificultad, dejando al soberano con su poder, y al pueblo con su influencia indirecta realizada en un partido que toma por sus directores las riendas del gobierno, ó las abandona para servir de base de combate.

Lo mismo sucede en los otros pueblos con una forma de gobierno republicana, mas ó menos liberal, en que los partidos existen, porque levantan principios por cuyo predominio aquella forma peligra, ya por un cambio completo, ya por la desaparicion de algunos de los elementos que se consideran esenciales.

Basta un lijero análisis para comprobarlo. ¿Qué importa la existencia de los partidos en Inglaterra? Conservadores y liberales en las diferentes faces que han recorrido, hoy no sirven sinó de punto de apoyo para las opiniones dominantes, á fin de llegar á su realizacion por medio del soberano. Whigs y Tories son la base del sistema parlamentario como elemento de lucha contra el poder de la corona. Su existencia es necesaria porque solo así se establece y conserva el equilibrio de los poderes. Su desaparicion es im-

posible, porque la absorcion seria su consecuencia y con ella la desaparicion del órden constituido en la lucha de muchos siglos. (1)

¿Qué importan los partidos en Francia? La República constituida como forma definitiva de gobierno, parece que su existencia fuera anómala, desde que todos los poderes dependen de la voluntad del pueblo en períodos determinados. Pero no obstante esto, las opiniones están diverjentes sobre la forma misma, y entónces hay principios radicales en lucha. Los partidos existen con una forma consistente, porque su objetivo es radical, y no desaparece sinó con el predominio del uno sobre el otro. Republicanos y monárquicos tienen su razon de ser, y la lucha los mantiene, porque es cuestion que no admite conciliacion. (2)

¿Qué importan los partidos en los Estados Unidos? Constituido el gobierno federal, el gérmen de la division se habia diseñado, si no en cuanto á la forma republicana y á la forma monárquica, en cuanto á la estension respectiva de las facultades concedidas al gobierno central y al de los Estados. La existencia de la nacion misma se identificó con los partidos, y estos mantienen su bandera, aun despues de la sangrienta lucha que terminó en 1865. Se comprende su permanencia y su consistencia: hay principios radicales de

(1) Véase: Bagehot, *La constitucion inglesa*, págs. 256 y siguientes. — Fishel. *La constitution d'Angleterre*, t. II, pág. 426. — Forneron, *Histoire des débats politiques du parlement anglais*. Sobre los partidos en Portugal, véase: *Les contemporains portugais, espagnols et brésiliens* par A. A. Teixeira de Vasconcellos, t. I, págs. 205 y siguientes.

(2) Véase Block, *Dictionnaire politique*, verb. *Partis*. — Garnier-Pagès, *Dictionnaire politique*, verb. *Partis*.

por medio que la requieren, y que forman la opinion pública. (1)

III

Así, á nuestro juicio, todas las cuestiones que á este respecto se suscitan, como consecuencia de los requisitos exijidos para que exista un partido, pueden tener una solucion idéntica, sin alterarse por esto la base del raciocinio. ¿Ha existido algun país libre en algun período de la historia y por un largo tiempo, sin partidos? No, porque la libertad hace posible la manifestacion de las ideas que siendo ó pudiendo ser diversas engendran las divisiones que agrupan y forman los partidos. ¿Es posible esperar que algun país libre exista sin partidos? No, porque tal hecho importaria la negacion de la libertad, á cuya sombra se forman. ¿Seria deseable que un país libre no tuviera partidos? Lo seria, si fuera posible una uniformidad irrealizable, pero en todo caso deberia buscarse necesariamente en otros medios el incentivo que produce la lucha y que empeña los espíritus en nuevos esfuerzos hacia el ideal comun. (2)

(1) Bateman, *Constitutional law*, págs. 240 y 241, acepta como necesaria para el mecanismo del gobierno, la existencia de los dos partidos con carácter permanente. Pero Seaman, cree todo lo contrario, es decir, que si en todo pueblo libre deben existir partidos, estos no pueden ni deben tener un carácter permanente, sin desnaturalizar las funciones de los poderes. (*Sistema del gobierno americano*, pág. 23).

(2) Los partidos políticos, dice Bluntschli, se presentan en todas partes donde se mueve libremente la vida política, y solo desaparecen en los pueblos que miran con indiferencia los negocios públicos, ó se hallan oprimidos por un poder violento, siendo, por lo tanto, su falta, un signo de incapacidad ó de opresion...Los partidos se manifiestan con tanta mayor claridad, cuando es mas rica y libre la vida política,...son la condicion

¿Pero quiere decir todo esto que los partidos para ser tales deben revestir una forma permanente, es decir, que haya en todas las situaciones partidos con tradiciones y principios opuestos? No vemos por qué una solucion afirmativa haya de ser la consecuencia de admitir aquellas premisas.

En una forma de gobierno republicana, cuando el sistema mismo ó su aplicacion en sus bases fundamentales, no son objeto de controversía, la existencia de partidos con carácter permanente, ó es inútil, ó concluye por degenerar en una bandería, en una faccion de ambiciones puramente personales. Los partidos se formarán persiguiendo una mejora, la realizacion de alguna institucion, ó el convertir un principio en ley; pero conseguido esto los partidarios desaparecerán, formando otras agrupaciones; y sin dejar ódios que vinculan en la venganza, y sin el temor de la defeccion que avergüenza, se encontrarán en el caso de buscar la felicidad pública en otro camino, y sin compromisos que esplotan los mas en su provecho.

Comprendemos que la forma parlamentaria (1) requiera para su mecanismo, partidos con carácter permanente que faciliten sus resultados y no queden librados al acaso; pero bajo la forma presidencial pura, en que el pueblo manifiesta su voluntad en épocas determinadas, en que nada escapa á esa vo-

y el signo de una robusta vida política, . . .la espresion y la manifestacion natural y necesaria de los grandes resortes ocultos que animan á un pueblo. *Derecho público universal*, t. III, págs. 307 y 308.

(1) Bagehot en su libro *La constitucion inglesa*, pág. 290, divide las formas de gobierno en forma parlamentaria, presidencial, hereditaria, dictatorial ó revolucionaria.

luntad, basta que exista la libertad política que lo permita, porque es por medio de ella que se pondrá remedio con eficacia á los inconvenientes producidos.

IV

Los partidos, como su nombre lo indica, no son sinó las porciones en que se divide el pueblo de un Estado, para la manifestacion de su voluntad (1). Pueden ser de diferentes clases segun el objeto que los motiva, y tomar ó no un carácter permanente, segun las necesidades á que responden y la manera cómo deben operar. Pero como la libertad los determina y llenan uno de los objetos que ella se propone, ya como medios auxiliares, ya como directores esclusivos, siempre serán necesarios, ó mas bien, siempre existirán, como consecuencia de las leyes que presiden toda asociacion humana, cualesquiera que sean sus fines. (2)

Así, resolver que los partidos son necesarios, y mas que necesarios, indispensables, para la vida política, de modo que no se pueda concebir un país libre, sin su existencia en formas mas ó menos determinadas, es lo mismo que resolver que la libertad debe existir, desde que con ella se manifiestan las opiniones y estas no son uniformes. «Cuando la magestad recibía inspiraciones de orígen divino y como Numa traducía su voluntad en leyes y hacía santos sus caprichos para que se posternaran ante ellos

(1) Véase Bluntschli, t. III, pág. 308. Dubs, *Le droit public*, t. I, pág. 259.

(2) La vida de los partidos plena é ilimitada, dice Dubs, es una particularidad de la democracia. *Le droit public*, t. I, pág. 259.

todos los hombres, ha dicho Moya; cuando la ignorancia del derecho mas que el temor del martirio hacía que todos los actos del poder fuesen recibidos con ese mutismo absoluto y con esa obligada resignacion que tan claro denuncian el amortiguamiento de la vida pública; cuando la soberanía residía toda entera en el gefe del estado y se tenía por dogma esta frase de Jacobo I: «si el que critica los actos de Dios comete alevosía y sacrilegio, el súbdito que discute lo que hace un rey desde la altura de su grandeza es reo de desacato», se comprende que los partidos no existieran, ó que no hubiese mas partidos que aquellos que, doblegados ante las gradas del trono como ante un altar, admitieran los derechos absolutos del monarca, haciéndole dueño del país y sancionando esta usurpacion con el falso principio de las leyes políticas irreformables. Pero hoy que la soberanía nacional se reconoce, que el pueblo es el que crea las instituciones de gobierno y las alienta y engrandece, no podemos negarle la facultad de introducir en ellas todas las reformas que crea útiles y necesarias, como no podemos impedir á un padre que eduque y corrija á su hijo, si no abusa de los derechos que la patria potestad le concede». (1)

Resolver como regla general que esos partidos, deben tener un carácter permanente de modo á mantener el equilibrio de los poderes, y como condicion de un buen gobierno, sería un error que vendria á contrariar la esencia misma de las ciencias políticas en cuyas modificaciones ó variaciones influyen directa y decisivamente los resultados de la esperien-

(1) *Conflictos entre los poderes del Estado*, págs. 133 y 134, 2ª edicion.

cia. Si los partidos políticos son, no una enfermedad del Estado moderno (1), sinó la condicion y el signo de una robusta vida política, manifestados con tanta mas claridad cuanto mas rica y libre es esa vida « no son una institucion de derecho público, sinó de política, ni miembros del organismo del Estado, sinó de grupos sociales, de donde cada uno sale y entra libremente, y cuyos individuos se unen en ciertas opiniones y tendencias para una accion política comun. Son el producto y la espresion de las diversas corrientes del espíritu público que mueve la vida nacional en el círculo de las leyes ». (2)

V

La organizacion que á un pueblo conviene con resultados inmejorables, es la fuente de su ruina para otro pueblo en diferentes condiciones. Formada la opinion pública sobre principios, sus corrientes son siempre saludables para la vida política; formada sobre personalidades mas ó menos prominentes, da vida á las facciones de peor especie que engendran á su vez las disenciones civíles. « Si la estencion de los partidos, como decia Madison, implica necesariamente, ya sea una alarma para la tranquilidad pública, ó una absoluta estincion de la libertad », su existencia en una forma irregular conduce indefectiblemente á idénticos resultados. (3)

(1) Duclerc, afirmaba que las facciones, no los partidos son las enfermedades del cuerpo político, y que si su remedio es la lucha, y el triunfo de los oprimidos contra los opresores, hay algo que vale mas que la medicina, y es la salud. — Garnier Pagés, *Dictionnaire politique*, pág. 690.

(2) Bluntschli, *Derecho público universal*, t. III, pág. 311.

(3) *El Federalista*, nº. 50, pág. 420 de la traduccion de Cantilo.

VI

El sistema parlamentario que no importa sinó la influencia del poder lejislativo sobre el poder ejecutivo, y que puede ser una combinacion feliz cuando este último se encuentra encarnado en personas que no emanan de la voluntad popular, ó mas bien que no cambian con esta voluntad y en períodos mas ó menos determinados, necesita, sin duda, partidos con organizacion permanente y principios directores igualmente permanentes, so pena de perder su eficacia y producir una movilidad en los ministerios que perjudica toda buena administracion.

Asi podemos recordar como un ejemplo de esta afirmacion lo que sucede en la Italia. Los ministerios se cambian continuamente, á consecuencia de los cambios que se operan en el Parlamento, desde que no se cuenta con una mayoría estable que apoye sus medidas. Estando todos conformes sobre los principios fundamentales, con pocas escepciones, las opiniones se dividen ó se ponen de acuerdo segun los puntos que deben resolver, sin tener en cuenta las divisiones en partidos. El ministerio que se forma en un momento dado á consecuencia del voto de una mayoría, poco tiempo despues tiene que cesar, porque esa mayoría ha desaparecido por otras agrupaciones. Laveleye lo comprueba repitiendo las palabras de Mighetti: «El sistema representativo no marcha como sería necesario, porque no hay partidos opuestos en presencia. En el fondo, sobre las grandes cuestiones, todos somos de la misma opinion, con escepcion de 17 ó 18 republicanos. Derecha é izquierda todos somos

liberales y todos conservadores, es decir, partidarios del réjimen establecido. Desde luego sobre las diferentes cuestiones que surjen, se forman mayorías flotantes. Ninguno tiene una mayoría segura, con la que pueda gobernar como él lo entiende. Para sostenerse, debe, por negociaciones y concesiones, asegurarse el concurso de dos ó tres grupos, pudiendo uno ú otro desligarse á cada instante. De aquí vienen estos cambios frecuentes de ministerios, y el poco poder de que disponen mientras se encuentran al frente de los negocios». (1)

No sucede otro tanto en Inglaterra, donde los grandes partidos se mantienen, sosteniendo el ministerio que los representa en el poder ejecutivo, y que solo desaparecen cuando el voto del pueblo les quita la mayoría; pero esto no forma la regla, y el ejemplo citado demuestra que no siempre es en los movimientos de los partidos estables donde debe buscarse su realizacion.

VII

La existencia de los partidos cuando faltan los principios para formar su credo, pueden producir graves desórdenes y comprometer el organismo social mismo por los elementos que introducen. Convertidos en agrupaciones de afinidades personales, el fin primordial se reduce á la ocupacion de los puestos públicos como una esplotacion ó como un

(1) *Lettres d'Italie*, págs. 73 y 91. Ellero. *Scritti politici*, págs. 10 y 20. — Piola, *L'equilibrio politico*, pág. 103. En algunos casos, sin embargo, el cambio de uno ó dos ministros solamente, basta para volver la confianza al ministerio : ejemplos recientes lo comprueban.

medio de vivir simplemente, desapareciendo el bien comun ante esta consideracion.

Si fuera de estas condiciones, el fanatismo que se introduce lleva á la persecucion, poniendo los intereses de partido arriba de toda consideracion; y si aun impone una obediencia ciega á la voluntad de los que se dicen directores (1), ¿cómo no sucederá cuando no hay siquiera la valla de un principio que los detenga?

Seaman ha dicho refiriéndose á los Estados Unidos, «que siendo las diferencias de opiniones constantemente móviles, los partidos deberian cambiar con ellas y reformarse cuando se presentan nuevos candidatos, ó cuando nacen nuevas cuestiones ó nuevos objetos que deben ser sujetados á su exámen.... No hay buenas razones para el mantenimiento de organizaciones permanentes de los partidos en nuestro país, y no hay conveniencia en hacerlo. Todos los partidos políticos deberian ser temporales y movibles basados sobre las cuestiones y las relaciones del dia y sobre las opiniones de los electores en cuanto al mérito relativo de los candidatos al gobierno. En tanto que los partidos políticos y la línea de division que los separa se producen por la diferencia de opiniones relativamente á los principios, á la política y á las medidas del gobierno serán tan permanentes como las causas y los motivos sobre los cuales se fundan; pero deberian existir así, y deberán pasar con las causas que los han producido. Los partidos no deberian basarse sobre puros principios abstrac-

(1) Lieber, t. II, pág. 259. — Dubs, *Le droit public de la Confederation Suisse*, t. I, pág. 261.

tos que no tienen objetivo práctico directo; ni sobre resultados que han abortado, que han pasado y no tienen importancia práctica; no deberian ser sostenidos por mas tiempo y convertidos en permanentes por su organizacion, su mecanismo y sus credos, á fin de conseguir la eleccion y elevacion de los gefes de partido, sin tener en cuenta el bien público». (1)

VIII

Una prueba ó demostracion mas evidente de lo que acabamos de esponer, se encuentra en las diferentes divisiones que introducen en los partidos, los mismos escritores que sostienen, ya la necesidad de su existencia, ya esa existencia con carácter permanente.

Tomando los escritores que se han ocupado especialmente de estos puntos, tendriamos: Shahl toma por punto de partida el orígen que lo encuentra en la revolucion ó en la legitimidad, y los divide en revolucionarios y legitimistas, distinguiendo en el primero tres grados: los liberales, los demócratas ó radicales y los socialistas y comunistas. Legitimistas en tanto reconocen el derecho divino de los reyes, y revolucionarios en tanto niegan este principio (2). Rohmer, comparando el cuerpo del Estado al cuerpo humano, divide los partidos segun las épocas de desarrollo ó de decadencia. Para él los partidos son cuatro: el radical que corresponde á la infancia, el liberal á la juventud, el conservador á la edad madura, y el abso-

(1) *Le système du gouvernement américain*, traduccion de Hippert, págs. 23 y 24.

(2) Bluntschli, t. III, págs. 332 y siguientes, espone esta doctrina.

lutista á la vejez; pero la mision natural de gobernar corresponde á los partidos en que dominan las fuerzas viriles, á los liberales y á los conservadores, teniendo los otros solo una importancia subordinada, desde que siguiendo el fundamento de la teoría, el jóven liberalismo debe guiar al radicalismo tierno aun, y el sábio conservador debe moderar el celo del absolutismo (1). Bluntschi modificando la teoría de Rohmer, los divide en político-religiosos, localistas, de las clases sociales, los constitucionales, los de gobierno y de oposicion, y los puros que se fundan en principios políticos y que acompañan libre y constantemente á la vida del estado (2). Moya, siguiendo á Azcarate forma dos agrupaciones segun el objeto que pueden tener los partidos, ya resolviendo lo que toca hacer al Estado, ya como se ha de organizar, ya en qué forma ha de cumplir su fin; y coloca en la primera á «todos los que se disputan en dar una satisfactoria y perfecta esplicacion de la naturaleza y fundamento del Estado; los que definen el concepto del derecho, y los que concretándose á una particular esfera jurídica, la analizan y discuten acerca de su alcance y trascendencia»; y en seguida «á los que aspiran á desarrollar en la práctica distintas organizaciones de Gobierno», comprendiéndose «las tendencias reformista y conservadora (3)». Lieber los divide

(1) Véase. BLUNTSCHLI, t. III, pág. 346.—BLOCK, *Dictionnaire politique*, vers. *Partis*.—Véase la crítica de esta teoría en MOYA, pág. 126, y en DUBS, t. I, pág. 262.

(2) *Derecho público universal*, t. III, pág. 313.

(3) *Conflicto entre los poderes del Estado*, pág. 130.—REUS y BAHAMONDE en su obra *Teoría Orgánica del Estado*, pág. 288, critica esta division aceptada por MOYA.

en partidos históricos que son aquellos que se fundan en la historia de su propio país, y que por su carácter permanente hacen parte de la vida de la nacion; partidos transitorios *(passing parties)* que se forman para un objeto pasagero, y que casi siempre se convierten en facciones; y partidos conservadores y liberales (1). Guizot formuló la division de partidos en legales é ilegales, tomando como base la inamovilidad de los principios consagrados en la carta fundamental, base que las nuevas doctrinas políticas han destruido completamente. (2)

Tal variedad, y sin juzgar del acierto con que se establece cada una de las divisiones, demuestra que la existencia de partidos con carácter permanente, es dificil sinó imposible. La formacion de los partidos, como dice Dubs, proviene de opiniones y condiciones, y el número de estas es, según la naturaleza de las cosas, ilimitada, fuera de que las cuestiones de interés que son todavía mas variables se unen siempre á las opiniones para aumentarlo. Los partidos cambian,... y su duracion difiere mucho sea que tengan sus raices en profundas oposiciones de naturaleza religiosa y social, en diferencias de razas y en luchas históricas, ó si no responden sinó á opiniones del dia ». (3)

La division mas comun entre liberales y conservadores, es una division pueril mantenida con carácter permanente, desde que sus términos dependen del momento en que se aplican, y en este pueden no res-

(1) *Political ethics*, t. II, págs. 255 y 256.

(2) Véase la crítica de esta division en Moya, págs. 134 y siguientes, y Reus y Bahamonde, págs. 281 y siguientes.

(3) *Le droit public*, t. I, págs. 262 y 263.

ponder los nombres á la aptitud del partido. Los whigs y los torys demuestran claramente este fenómeno en Inglaterra, fluctuando unos y otros, segun los tiempos entre las ideas progresistas y las reaccionarias, de modo que despues de los actos producidos no puede sériamente ser cuestion de un partido liberal ó de un partido conservador, que viven hoy sin programa y sin un objetivo determinado como lo estaban bajo Jorge III en visperas de la revolucion de 1789, aunque la política esterior alguna vez pudiera modificarlos (1): comprueban esto los recientes sucesos de Irlanda en que los dos partidos se unen para dictar las medidas de coercion, y la misma política esterior iniciada en el tratado de Berlin, como un triunfo de Disraeli, seguida por Gladstone.

IX

Sin embargo, cualquiera que sea la diferencia que separa á los partidos políticos, encerrados en los límites del país, tienen algo que le es comun: el patriotismo. Cuando la patria peligra, cuando se trata de la defensa de los intereses del país comprometido en una guerra estrangera, toda division desaparece, mientras el peligro comun amenaza: ¡desgraciado el país en que este fenómeno no se produce espontáneamente!

Si no es el patriotismo antiguo, que refundia en la patria todo lo mas querido para el hombre, es el patriotismo humano que armoniza todos los senti-

(1) Fishel, demuestra las distintas faces que han mostrado los dos partidos en las diversas cuestiones promovidas. *La Constitution d'Angleterre*, t. II, págs. 431 y siguientes.

mientos, y sin llevar á un cosmopolitismo exajerado ó á un individualismo egoista, coloca al individuo en la patria, y á esta en la humanidad, sin sacrificios que esterilizan sus fuerzas propias y vitales (1). No hay interés político superior al interés de mantener la personalidad de la patria en la comunidad internacional; y si las divisiones internas pueden debilitar la defensa ó desmoralizar los elementos á emplearse, fuera un crímen el agitarlas, prestando al enemigo comun el apoyo de sus propias debilidades, y dando á las demás naciones el ejemplo de un egoismo bochornoso.

X

Solon castigaba con la pérdida de los derechos civiles al que permanecia neutral en tiempo de sedicion; pero esta pena no podria aplicarse, sin duda, tratándose de los partidos. El hombre no debe ser indiferente á las conmociones de la vida política; pero tampoco debe someterse á la disciplina militar de los partidos que lo convierten en instrumento inconsciente, ó lo desprecian como desertor. La diferencia viene casi siempre del abuso que hay impotencia para corregir, y no del egoismo capaz de abandonar por su interés la suerte del país.

No hay partido permanente que resista á la desmoralizacion, cuando han pasado algunos años de tranquilidad de la vida política, porque ó ha perdido su objetivo, ó se ha convertido en una faccion de ambiciosos vulgares. Es verdad que «la vida pública con

(1) Véase LAURENT, *Estudios*, t. I, pág. 52. — FUSTEL DE COULANGES, *La Ciudad antigua*, pág. 228. — LIEBER, *Political ethics*, t. II, pág. 80.

sus turbulencias oceánicas y con sus calmas palúdicas, con sus intermitencias, sus peligros y sus miserias, sus horrores, sus grandezas y sus mártires, con todos sus defectos, en una palabra, es un deber para el hombre, como lo es la vida de familia, y el que la abandona por el propio regalo, y sacrifica á su egoismo el bienestar ajeno, es el desertor que hace traicion á la causa de las ideas, frente á frente de un enemigo que avanza » (1); pero si esto puede afirmarse en general, en tanto importa el combate por el derecho, que es el medio de adquirir y conservar el derecho, no puede negarse que tal ingerencia formando parte de los partidos «que se dejan gobernar por pasiones, no subordinadas á la razon política, ni justificables ante la moral » (2), conduce directamente á la anarquía, á la desmoralizacion mas completa en el gobierno, y destruye esa misma fuerza individual que se quiere tener en actividad.

Lieber (3), ha establecido juiciosamente la regla á este respecto, huyendo de los estremos, igualmente peligrosos, que antes hemos notado, diciendo: «que un ciudadano debe, en tiempos de un gran peligro político, formar parte de un partido ú otro, siempre que le sea posible encontrar un partido en que pueda tomar parte sin hacer violencia á su conciencia, y si no tiene razones especiales para lo contrario».

(1) Reus y Bahamonde, pág. 284.

(2) Mitre, *Historia de Belgrano*, t. I, pág. 509.

(3) *Political ethics*, t. II, pág. 265.

XI

El fanatismo de los partidos, y sobre todo de los partidos personales, es el mayor peligro para la vida política de los que forman parte de ellos; y así vemos arrastrados en sus corrientes y convertidos en instrumentos inconscientes, desde los ciudadanos ignorantes hasta los mas ilustrados, desde el que obedece hasta el que manda.

Si «decir de un hombre de Estado que se halla fuera del movimiento de los partidos es un elogio muy pobre», colocar á los funcionarios públicos en ellos, y hacer valer su investidura en su servicio esclusivo, obrando como partidarios, es la peor de las situaciones que puede crearse á un pueblo por su intermedio. La vida política desaparece, y las fuerzas vivas del pais son destruidas por los mismos que debieran darles vigor.

Los funcionarios públicos, cualquiera que sea su importancia no pueden obrar como partidarios «porque la funcion pertenece al todo á quien sirve y cuyo espíritu la anima. Los actos del funcionario son los actos del Estado; el derecho público, en los deberes que traza y en las atribuciones que concede, desconoce los partidos; la constitucion y la ley fijan el derecho aplicable á todos, y ponen límites á las ajitaciones de las parcialidades políticas. El juez no mira mas que á la justicia; el ministro no puede emplear los fondos del Estado en provecho de un partido, ni dictar medidas de gobierno fundadas en el espíritu de parcialidad: las leyes deben ser imparciales. Solo allí donde la política comienza, es decir, allí donde la

vida se mueve libremente en los límites del derecho, puede entrar en escena el interés de partido. Esta obligacion general de imparcialidad no se opone á que el funcionario pertenezca á un partido, puesto que no es, como el príncipe, la personificacion del todo. Si como funcionario es el órgano y el representante del Estado y debe ser imparcial, como particular y como hombre político tiene una libertad relativa que le permite buscar á sus correligionarios y unirse á ellos. Los mas grandes hombres de Estado de Roma y de Inglaterra fueron á la vez ministros ó majistrados imparciales y gefes de partido, y los presidentes de los Estados Unidos han sido nombrados por un partido. . . La accion de los partidos sube y baja con las ajitaciones de la vida pública, y debe cesar cuando llega á la esfera de los deberes públicos. La parcialidad política encuentra una barrera en la situacion imparcial del funcionario; pero así como pedimos al historiador que sea imparcial, es decir, justo y verídico con todos, y que no tenga partido, ó que sea un espejo fiel de las imájenes de la vida, con mayor razon exigimos al funcionario imparcialidad, y que no se mezcle en los hechos de los partidos políticos. . . Si gobernaran esclusivamente en provecho de una tendencia, chocarian contra el sentimiento del derecho y de la justicia en un pueblo sano, y arruinarian bien pronto el crédito político de la mayoría que les hubiese nombrado, la cual demostraria entonces que era incapaz de gobernar». (1)

(1) Bluntschli, t. III, págs. 309, 310 y 311.

XII

Desgraciadamente todas estas verdades no forman el credo de los partidos, bajo cualquier organizacion en que se presenten, y cualquiera que sea el fundamento de su existencia. Sus defectos son quizá defectos de los hombres, ó mas bien la consecuencia de desnaturalizar su fin primordial. Ni los funcionarios dejan de pesar con la influencia del puesto que desempeñan, ni los partidarios tienen el coraje ó la honradez bastante para poner un límite á sus errores, cuando ellos aprovechan á las miras de su partido.

XIII

El hombre de partido en el gobierno ó fuera de él, es siempre el partidario con sus defectos, sus aspiraciones y sus rencores. Nada bueno se produce fuera de su partido (1); y los hombres y las cosas que no le pertenecen quedan fuera de la vida pública, con perjuicio evidente de las instituciones que se quieren guardar.

XIV

Si los medios que emplean para el triunfo del partido son el fraude, la coaccion oficial, el engaño y la mentira, procuran justificarlos con el empleo que á su turno puede hacer el partido contrario, que no le

(1) Ha sido entre nosotros efecto de nuestras rivalidades vergonzosas, y del interés de los partidos, decia el Dr. Agrelo, el empeño ciego de criticar, aun lo bueno, en ódio solamente de las manos que lo obraban. Lamas, *Coleccion de memorias*, pág. 198.

va en zaga en actos de esta naturaleza, por mas que estando fuera del poder se haga el defensor de los sanos principios; y en la sucesion de tales actos se llega á la anarquia ó á un estado crónico de levantamientos populares en desagravio de lo que es capaz de cometer el mismo revolucionario. Es de todo criminal, como dice Seaman, el razonar de esta manera para escusar sus crímenes á sus propios ojos.

XV

Si deben proveerse los puestos públicos, no se pregunta como Jefferson, si los que los pretenden son honrados, son capaces, ó son fieles á la constitucion, sinó si son miembros del partido, si como tales le han prestado servicios, aunque su desprendimiento no sea sinó el resultado de sus ambiciones ó de su modo de vivir. De aquí no solo la corrupcion de los partidos, sinó de la misma administracion pública. De aquí que los hombres de valer, los hombres útiles y capaces, ó sigan la corriente del partido, esté ó nó en armonía con los sanos principios, ó queden inutilizados y fuera de todo puesto público, con perjuicio de los intereses del Estado. (1)

XVI

Si la Constitucion del Estado debe ser aplicada en algunos de sus principios, la interpretacion sigue los intereses del partido, aunque se falseen los funda-

(1) En Inglaterra, se llamaba *trimmers* á los que se encontraban en tal situacion, por no seguir las opiniones de su partido. Véase: Lieber, t. II, pág. 267.

mentos mas preciosos del sistema de gobierno adoptado; y nunca faltará una variacion cualquiera en los hechos para autorizar diferentes interpretaciones y no manifestar una cínica contradiccion. De aquí el descrédito de la Constitucion que se presenta susceptible de acomodarse á situaciones evidentemente contradictorias. De aquí el desaliento para entrar en la lucha de los principios, so pena de caer burlado por sus mismos amigos políticos y de aparecer como transfuga ante los ojos de ese vulgo inconsciente que sigue la marcha de los partidos. (1)

Seaman lo ha dicho refiriéndose á los Estados Unidos: «Las interpretaciones sútiles de la Constitucion y de las medidas violentas de partido, han sido tan numerosas y tan variadas bajo los diferentes partidos, que formarian antecedentes plausibles para casi todo cambio de gobierno que pudieran desear los gefes de un partido ambicioso y triunfante. Si no pueden interpretar la Constitucion á satisfaccion de su partido, como puede suceder, para asegurar el cambio deseado, pueden proponer una enmienda y por los manejos de partido y su poder, imponerla eventualmente al pais. No se necesitará para esto, ni golpes de estado, ni el empleo de los medios violentos adoptados por Sylla y César, Cromwell y Napoleon, Santa Ana y Luis Napoleon, para conseguir su objeto. No habrá peligro, sin embargo, de un gobierno imperial, ó de una aristocracia (como algunos lo han

(1) «Se tiene una bandera, se la sigue, ha dicho Naville, ocupándose de los partidos en Suiza: abandonarla hace á muchos el efecto de una traicion. Serios deseos de entenderse se manifiestan; llega una eleccion; se separan, las pasiones se escitan, y el espíritu de moderacion pierde su causa». *Travaux de l'Association reformiste de Genève*, pág. 11.

supuesto), pues esto no estaria de acuerdo con el espíritu de nuestro pueblo y las tendencias de nuestra época. Pero habrá un gran peligro en semejante conducta de las mayorías de partido, en tal corrupcion y prodigalidad, en tal imposicion onerosa y opresiva de la mayor parte del pueblo. Pueden resultar conmociones y revueltas, quizá una resistencia y un estado crónico de anarquía y de guerra civil, como en Méjico y Haití». (1)

XVII

Y esto sucederá con tanta mas razon cuanto que se trate de medidas que tengan atingencias ó hieran directamente y de un modo general las garantías constitucionales en el órden político, tanto como en el individual. La ley marcial, el estado de sitio, estarán dentro de la Constitucion, si con una ú otra se va á favorecer ó no el interés del partido; y su interpretacion tendrá mas ó menos estension si se trata de sostenerse con ellos en el poder ó si se lucha por conseguirlo. De aqui la tendencia natural á combatir tales limitaciones. De aquí la confusion en sus principios y los errores que les acompañan con perjuicio de los mismos partidos que han querido defenderse.

La aspiracion á la libertad es natural en todos los seres; y la esplotacion de esa aspiracion generosa, es la fuente de grandes desaciertos, de las conmociones políticas que arrastran los pueblos á la desesperacion y á la ruina (2). Conocer el límite de un derecho, es

(1) *Le système du gouvernement américain*, pág. 40.

(2) Todos los partidos han pretendido recíprocamente defender la libertad decia Echevarria en 1846, y á nombre de ella se ha tiranizado el país, y se han cometido atentados de todo genero. «El patriotismo ha desarrollado el

conocer la esfera de accion en la vida social; saber defender ese límite con el derecho mismo, es el desideratum de toda sociedad bien organizada.

XVIII

Los partidos en la República Argentina han seguido todos los movimientos de la vida política; y desde el patriota y el español, el conservador y el demócrata, el unitario y el federal, hasta el nacional y el autonomista, han importado luchas ó resistencias para llegar á la consolidacion de la forma de gobierno. En este punto el mal de todos los partidos con pretensiones permanentes y sin principios á realizar, cunde y se manifiesta con caractéres alarmantes. Luchan las personas y no los principios; y tras los nombres que deslumbran se encuentra la figura descarnada de una ambicion ya realizada ó de una ambicion á realizar. ¿Cómo someter la Constitucion al escalpelo de su crítica sin prudentes reservas? ¿Quién será el juez de las violaciones que ha cometido ó es capaz de cometer?

Si las administraciones en lugar de tener, como oposicion, un partido personal, tuvieran la censura de los hombres independientes que siguen su marcha fuera del interés de un partido; si los partidos se formaran ó disolvieran segun las necesidades á que responden, de modo á quitar á esos partidos los graves males que entraña su permanencia, entónces, la opinion pública tomaria el rol decisivo que le corresponde, porque los

gérmen de la virtudes cívicas, decia Monteagudo en el *Censor de la Revolucion*, pero al mismo tiempo ha creado el espíritu de partido, oríjen de crímenes osados y de antipatias funestas». *Monteagudo, su vida y sus escritos*, por MARIANO A. PELLIZA, t. II, pág. 185.

gobiernos no verian tras ella una ambicion vulgar; y cada uno defenderia su derecho y encontraria en los demás un apoyo sincero en bien propio y ajeno.

Si existe algun pueblo en que el carácter permanente de los partidos, no presente sinó sus enojosos resultados, es la República Argentina. Con una organizacion política claramente definida, sin un sistema parlamentario, en la forma presidencial pura, sin bandera de principios verdaderamente radical, las agrupaciones políticas ó desaparecen en la inaccion, ó se convierten en reuniones de aspirantes al poder por el poder mismo.

Deshechas las viejas banderas por la realizacion de sus propósitos, han quedado desorientados sus sostenedores y conducidos en las nuevas corrientes que el progreso impele, y que en balde se quisiera detener. El triunfo contra el caudillaje y el despotismo fué definitivo. El país marcha á pesar de nuestros errores, y no hay ni liberales ni conservadores, porque el esfuerzo potente de su movimiento no da cabida á semejante division.

Los partidos permanentes serán siempre y mientras se mantenga el organismo constitucional de la República, un presajio funesto para el futuro. Sin principios radicales que defender, solo aparecerán las personas en asechanza perpétua al poder, y felices todavía si la ambicion se reduce á la ambicion del mando simplemente y no á la realizacion de otros propósitos.

La República puede necesitar realizar un progreso en un sentido dado, alcanzar en su organismo una mejora conquistada en la evoluciones que otros pueblos han sufrido. La agrupacion puede formarse y buscar su ejecucion: esa será la bandera sostenida por

todos los que la acepten, cualquiera que haya sido la separacion anterior. Pero nada mas. La administracion seguirá su marcha, y serán sus directores los que lo merezcan por su inteligencia, su honradez, y la confianza que inspiren.

Cuando el puesto público deja de aceptarse como un sacrificio, y se trata de conseguirlo con propósitos livianos y aceptando compromisos vergonzos, en balde se buscará el administrador recto y justiciero. Y entónces no es con una oposicion sistemada, con una organizacion de partidos permanentes y sin principios, que se pondrá un freno á un gobierno formado así, una vez que en ello encontraria el pretesto para mantener la situacion creada. No se merece respeto, cuando la accion no corresponde á la doctrina sostenida, y cuando tras el movimiento de una opinion compacta, solo se encuentra una solucion igual á aquella que se quiere suplantar.

La humanidad marcha cargada con la esperiencia de los siglos, ha dicho un notable jurisconsulto » (1); y á la verdad que nuestra propia esperiencia ha podido decirnos bastante. Despues de Caseros y fuera de la época de reconstruccion de la nacionalidad argentina que terminó con la presidencia del General Mitre (2), los partidos no han tenido sinó una bandera

(1) Faustin Hélie, *Instruction criminelle*, t. I, pág. 12.

(2) La presidencia del General Mitre dió definitivamente establecida la nacionalidad argentina en medio de guerras interiores y esteriores, y ese es su principal timbre de honor. Las grandes resistencias que levantó, tienen su esplicacion en las grandes resistencias que tuvo que vencer en caudillos acostumbrados á decirse soberanos, y en partidos que dejaban el poder que por tanto tiempo habian disfrutado. Sus errores, si los hubo, fueron errores de la época, y con ellos hemos llegado á la cima, aceptando su responsabilidad, desde Buenos Aires hasta Jujuy.

aparente, y limitados á agrupaciones con objetivos puramente personales, nos han dado tristes ejemplos de las aberraciones á que conduce la falta de un objetivo mas elevado, y sin poder para contener los errores, y quizá algunas veces los delitos de las autoridades, han sido envueltos en la vorájine de los sucesos, perdiendo fuerzas superiores que pudieron ser empleadas con mejores resultados.

Hemos ensayado todo: la lucha en los comicios, las influencias directas de las autoridades, la lucha armada con todas sus funestas consecuencias, y estamos en el mismo punto de partida, y amenazados de algo peor, de una desmoralizacion política y social, cuyos progresos corresponde impedir al patriotismo comun. ¿No nos asustamos de nuestra propia obra? ¿No tenemos tiempo todavía de reaccionar?

Con partidos permanentes y de objetivos personales, no es posible encarrilar la opinion del país en la verdadera solucion de las medidas que afectan el organismo político, y mucho menos en las que, como las grandes limitaciones constitucionales que hemos estudiado, son un elemento de gobierno para contener los desmanes de los mismos partidos. En el poder ó fuera del poder todo ha variado; y el estado de sitio que era insoportable fuera del poder, que era una bandera de combate, que era una causa de oposicion, fué una medida de gobierno en el poder y con caractéres mas alarmantes. ¿Qué consecuencias sacar de esto? ¿Cómo tener fé en partidos, que proceden con tal inconsecuencia?

No: en este camino no hemos de encontrar el desideratum de los hombres honrados. Dividir los hombres so pretesto de sostener un partido, con principios

dados, es hacer un doble mal: se mantiene la division en los partidarios sinceros como un punto de honor, y al primer desengaño se les inutiliza por la abstencion, y se deja la direccion á los que buscan el poder por el poder, sostenidos por los que están acostumbrados á vivir de la cosa pública. (1)

XIX

Resumiendo podemos decir:

1° Que los partidos en los pueblos con instituciones libres, son creacion de la misma libertad de que gozan, y que decir que su existencia es necesaria, es lo mismo que afirmar que la libertad lo es;

2° Que los partidos con carácter permanente, sin principios igualmente permanentes que defender, se convierten en facciones, y son funestos para todo gobierno regular;

3° Que los partidos influyen directamente en la interpretacion de la constitucion, y que generalmente no son fuente segura para adoptar cualquiera de sus decisiones, en tanto procuran salir de la dificultad teniendo en vista sus intereses.

(1) Tales como están constituidos, dice Naville refiriéndose á Suiza, nuestros partidos políticos no son verdaderos partidos. Nuestras divisiones son falsas. Hay hombres que se encuentran en campos opuestos, y que comprenden que en el fondo piensan del mismo modo sobre los negocios del pais: les seria difícil decir cuales son las ideas que los separan. Nuestras agrupaciones son forzadas: los partidos no están formados con principios opuestos. Tienen en el fondo programas vacíos, lo comprenden; y no podrian proclamar pensamientos políticos claros, sérios, fecundos, sin encontrarse desorganizados porque se forman de elementos heterogéneos. Se combate en las tinieblas. La luz de la verdad brilla, se dice, del choque de opiniones contrarias. Entre nosotros, en la ausencia de ideas, el choque de sentimientos, intereses y pasiones produce una llama oscura que devora la República. *La patrie et les parties, discours sur la réforme électorale.*

CAPÍTULO VII

EL DERECHO DE RESISTENCIA

I

El combate por el derecho es la lucha por la existencia, porque es condicion de esta existencia el reinado del derecho. Si el hombre no se concibe solo en el mundo, como un hecho natural, el derecho nace con la relacion, y para mantenerlo, es necesario combatir. El derecho que no se adquiere, ó cuyo predominio no se sostiene por la lucha, no forma en el individuo, ni en la sociedad, la conciencia de su verdad, que es lo que confirma su imperio y lo que levanta el nivel moral á la altura indispensable para resistir las influencias corruptoras en las horas de tribulacion.

Las grandes manifestaciones del derecho privado se han adquirido y se mantienen por la lucha, en tanto esta importa el esfuerzo para sostener el equilibrio de las relaciones fuera del interés egoista ó de la injusticia desmoralizadora. Cuando en presencia de un derecho herido, se somete al cálculo la accion que debe seguirle, la conciencia de ese derecho no existe; y ante la herida impune, ante la inaccion del individuo que el interés avasalla, una ancha puerta queda

abierta por donde la injusticia entrará á ahogar el derecho.

El derecho es la persona misma, porque es su condicion de existencia para los fines que tiene señalados en esta existencia; y su defensa es un acto de conservacion personal que se debe no solo á sí mismo, sinó á la agrupacion social que concurre á formar. De carácter individual al principio, toma la defensa y la lucha un interés general, porque el derecho que se defiende en la persona, es el derecho de todos en la comunidad: desconocerlo, ó mas bien, ser indiferente ante el espectáculo que se presenta, es olvidar lo propio y comprometer al mismo tiempo lo ajeno.

Cuando la conciencia del derecho propio se forma por el sentimiento de la lucha, y cada uno al defender su derecho cree defender el de todos por la solidaridad que la naturaleza y el destino comun imponen, entónces, se esplican fácilmente ciertos fenómenos sociales cuya causa no se descubre, ó no se comprende á primera vista. ¿Por qué la Inglaterra nos presenta un pueblo libre y con la conciencia plena de su personalidad y de su valer? ¿Por qué los Estados Unidos adquieren ese desarrollo sorprendente y ese esceso de vida que se manifiesta en sus instituciones políticas y sociales?

Estudiad al individuo y encontrareis la solucion. Herido en su derecho no vé sinó este derecho y lucha por su defensa: el interés que afecte puede ser de importancia ó no, poco importa: es el derecho el herido y es necesario impedir que se repita el acto y tome proporciones peligrosas. Conocida de todos es esa figura del viajero inglés que para no ser víctima

de la rapiña de las fondas y hoteles, cocheros, etc., opone una resistencia tal, que se diria que allí se tratara de defender el derecho de la vieja Inglaterra; detienese en sus viajes, si es preciso, y llega á gastar diez veces mas del valor del objeto, antes de ceder. ¿Es acaso por un mero capricho, por una rareza de carácter que tales molestias se toman? Defendiendo su derecho, tratando de que la injusticia sea castigada, tiene en vista el derecho de todos, el honor de la Inglaterra misma que no lo permitiria. Shylok, el mercader de Shakespeare, reclamando del tribunal el cortar su libra de carne de las entrañas de Antonio, creia representar la ley de Venecia que le autorizaba á ello y bajo cuyo imperio habia contratado, y en su derecho veia comprometida esta.

¿Por qué la autoridad es querida, y mas que querida, respetada? ¿Por qué el ejercicio de sus poderes se hace apenas sentir en sus manifestaciones de fuerza? ¿Por qué la presencia del encargado de conservar el órden, basta para garantirlo, aun en medio de los grandes tumultos?

Cada uno vé en la defensa del derecho ajeno la de su propio derecho, y la autoridad representa esa defensa. Entre el criminal y el agente de la autoridad, su brazo presta apoyo á este; es su derecho que defiende. El *posse comitatus* es la manifestacion mas enérgica del apoyo que recibe el que representa la autoridad.

Cuando so pretestos humanitarios se manifiesta compasion para el criminal, y no se presta apoyo al ajente público, se puede afirmar que el pueblo en que tales hechos se producen, carece de la conciencia del derecho, y está preparado para sufrir las grandes

arbitrariedades é injusticias. Buscar la solucion en la ley y en la pena que ella prescribe, es un error. El *posse comitatus* es la manifestacion espontánea de la defensa del derecho, porque el movimiento instintivo del brazo que se pone al servicio del ajente público obedece á una conciencia formada fuera de la amenaza del castigo.

Y esta es la situacion de las repúblicas americanas y de algunos Estados de la Europa que presentan un aspecto diferente á la Inglaterra y á los Estados Unidos. La conciencia del derecho no existe: en el órden privado el interés tiende á dominar todas las relaciones; y en el órden público hay compasion para el criminal y el ajente carece del apoyo que necesita para hacerse respetar, no obstante las leyes que, como letra muerta, están escritas en las compilaciones lejislativas.

Las conmociones políticas no han respondido siempre á las grandes aspiraciones del derecho; y en medio á los caudillos bárbaros, ó aun luchando con los resabios de su larga dominacion, el ideal parece lejos de realizarse, siquiera en el órden puramente privado. De aquí las grandes debilidades que en el órden privado se manifiestan en los hechos impunes, y en el órden político en la usurpacion del voto público y en el entronizamiento de la arbitrariedad en el poder. Falta á todos y á cada uno el carácter, la resolucion consciente de su propio valer en el derecho; y las ambiciones personales sofocan, y los partidos contribuyen á mantener esa atmósfera corruptora que va haciendo mirar con indeferencia los resortes mas delicados de las instituciones libres.

«El buen estado y la enerjía del sentimiento legal

del individuo, ha dicho Yhering (1), constituyen la fuente mas fecunda del poder y la garantia mas segura de la existencia de un país, tanto en su vida esterior como en la interior. El sentimiento del derecho es lo que la raiz en el árbol; si la raiz se daña, si se alimenta en la árida arena ó se estiende por entre rocas, el árbol será raquítico, sus frutos ilusorios, bastará un pequeño huracan para hacerlo rodar por el suelo; mas lo que se vé es la copa y el tronco, mientras que la raiz se esconde á las miradas del observador frívolo bajo tierra; y ahí, á donde muchos políticos no creen digno descender, es donde obra la influencia destructora de leyes viciadas é injustas y donde las malas añejas instituciones de derecho, ejercen influencia sobre la fuerza moral del pueblo. Los que se contentan con considerar las cosas superficialmente y no quieren ver mas que la belleza de la cima, no pueden tener la menor idea del veneno que desde la raiz sube á la copa. Por eso el despotismo sabe bien á donde há de dirijir su mortífera hacha para derribar el árbol; antes de cortar la copa procura destruir la raiz; dirijiendo así sus certeros tiros contra el derecho privado, desconociendo y atropellando el derecho del individuo, es como todo despotismo ha comenzado, y cuando se ha dado fin á esta obra el árbol cae seco y sin sávia; hé ahí por qué debe tratarse siempre en esa esfera de oponer gran resistencia á la injusticia; los romanos obraban sábiamente cuando por una falta contra el honor ó el pudor de una mujer acababan de una vez con la monarquía y mas tarde con el descenvirato. Destruir en el cam-

(1) El combate por el derecho.

pesino la libertad personal acrecentando sus impuestos y gabelas, colocar al habitante de las ciudades bajo la tutela de la policia, no permitiéndole hacer un viaje sinó obligándole á presentar á cada paso su pasaporte, encadenar el pensamiento del escritor por medio de leyes injustas, repartir los impuestos segun capricho y obedeciendo al favoritismo y á la influencia, son principios tales, que un Maquiavelo no podria inventarlos mejores para matar en un pueblo todo sentimiento viril, toda fuerza y asegurar al despotismo una tranquila conquista. Es preciso considerar que la puerta por donde entran el despotismo y la arbitrariedad, sirve tambien para favorecer las irrupciones del enemigo esterior; por eso en último estremo, quizá demasiado tarde, todos los sábios reconocen que el medio mas vigoroso para protejer á la nacion contra una invasion estranjera, es la fuerza moral unida al sentimiento del derecho despertado en el pueblo. . . La fuerza de un pueblo, responde á la de su sentimiento del derecho; es, pues, velar por la seguridad y la fuerza del Estado el cultivar el sentimiento legal de la nacion, y no solo en lo que se refiere á la escuela y á la enseñanza, sinó tambien en lo que toca á la aplicacion práctica de la justicia en todas las situaciones y momentos de la vida. No basta, por lo tanto, ocuparse del mecanismo esterior del derecho, porque puede estar de tal modo organizado y dirijido que reine el órden mas perfecto, y que el principio que nosotros consideramos como el mas elevado deber, sea completamente despreciado. . . Toda disposicion arbitraria é injusta, emanada del poder público, es un atentado contra el sentimiento legal de la nacion, y por consecuencia

contra su misma fuerza. Es un pecado contra la idea del derecho que recae sobre el Estado, el cual suele pagarlo con esceso, con usura, y hasta puede haber tal juego de circunstancias que llegue á costarle la pérdida de una provincia; tanto es así, que debe estar obligado el Estado á no colocarse, ni por razon de circunstancias, al abrigo de tales errores, pues nosotros creemos, por el contrario, que el mas sagrado deber del Estado es cuidar y trabajar por la realizacion de esta idea, por la idea misma. . . No hay sentimiento legal, por firme y sano que sea, que pueda resistir la prolongada influencia de un derecho malo, porque se embota y debilita debido á que la esencia del derecho, como tantas veces hemos dicho, consiste en la accion. La libertad de accion es para el sentimiento legal lo que el aire para la llama; si la amenguais ó paralizais, concluireis con tal sentimiento».

El hombre, pues, necesita luchar para adquirir el derecho, y necesita luchar igualmente para sostenerlo. Si en la sociedad en que vive, la usurpacion se produjo con su formacion misma, lucha para adquirirlo. Si en posesion del derecho, se arranca su goce por el abuso y la arbitrariedad, lucha para sostenerlo.

Poco importa el oríjen del ataque, la mas ó menos importancia que él tenga. Individuo, gobierno propio, ó Estado estranjero, es lo mismo, porque siempre hay un derecho lesionado. El agresor nada influye, cuando se trata de algo que está arriba de su poder, cualquiera que él sea; si el individuo, porque se trata de quien tiene iguales derechos; si el gobierno propio porque comete una usurpacion, violando su fin esencial en el mecanismo social; si el pueblo estranjero,

porque es un tercero, que no tiene porque inmiscuirse en el órden gubernamental de otro pueblo, á quien no está ligado por otro vínculo que aquel que le da su propia independencia en la comunidad internacional.

II

Pero si esto es verdad; si es la enerjía del sentimiento del derecho, lo que salva la personalidad del individuo y la personalidad del Estado, esa lucha, esa resistencia por el derecho y contra la arbitrariedad y la injusticia, debe tener su regla de direccion y un límite de ejercicio que ponga freno á los intereses bastardos, ó á las pasiones mal dirijidas, que pueden conducir á consecuencias fatales, para los mismos fines que se tienen en vista al autorizarla.

¿Cuándo ha sido ó es lesionado el derecho? ¿Entre las manifestaciones del derecho en general, todas deben ser objeto de una lucha? ¿Cómo debe ser la lucha y cuál su objetivo? ¿Sucede lo mismo en el órden puramente privado, que cuando se trata del órganismo gubernamental? ¿Cuáles son los medios que deben emplearse para llegar al resultado que se desea conseguir?

La usurpacion ó el desconocimiento del derecho, puede tener su causa en el individuo ó en los poderes públicos: en el individuo, cuando poniendo en ejercicio su actividad, hiere á otro individuo y se apropia su derecho; en los poderes públicos, cuando estos desconociendo el objeto de su organizacion, impiden, interrumpen ó niegan el ejercicio de los derechos por el particular que está sometido á su direccion en los intereses sociales.

Y en esta doble manifestacion, la resistencia tiene que seguir las situaciones que ellas crean. La resistencia será individual ó colectiva, segun sea la persona que hiera el derecho y segun sea el derecho herido individual ó colectivo, ó afecte de tal manera sin este carácter especial en cada caso. La situacion que se crea y los medios por los que la resistencia se opere, no pueden ser lo mismos, una vez que las facilidades de obtenerlos apropiados varian casí radicalmente.

Cuando el derecho de un individuo es desconocido por otros individuos, la defensa de ese derecho, la resistencia á la injusticia, tiene su juez final en el poder público que la organizacion social ha creado espresamente al efecto, pues aún en el caso de lejítima defensa aquel poder es el que decide. La fuerza, y el acto individual que la pone en ejercicio, no tienen rol alguno, y por lo tanto la resistencia se resuelve en la invocacion de la autoridad que se ha creado de comun acuerdo para que la haga efectiva. (1)

Cuando el derecho es desconocido por los poderes públicos, ya sea afectando un individuo aisladamente, ó una colectividad, entónces nace una situacion que tiene ó no su remedio en el mecanismo gubernamental. Si lo tiene, á él es indispensable recurrir, acatando sus resultados, sea cuales fueren sus consecuencias por el momento. Si no lo tiene, es necesario buscarlo

(1) Sin embargo el Código civil en el artículo 3º, título 3º, «De las acciones posesorias », se pone en el caso de que el particular resista la accion, cuando los auxilios de la justicia podrian llegar demasiado tarde: «El hecho de la posesion, dice, da el derecho de protegerse en la posesion propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarian demasiado tarde; y el que fuese desposeido podrá recobrarla de propia autoridad sin intérvalo de tiempo, con tal que no esceda los límites de la propia defensa. »

en otra forma, porque la injusticia no puede quedar impune, porque el derecho tiene que ser salvado precisamente. ¿Cuál será la forma en este último caso? ¿Por qué medios se luchará por el derecho? He ahí la dificultad.

III

Es indispensable resistir; y la resistencia en todo caso puede ser activa ó pasiva. Es activa cuando el poseedor del derecho ejecuta los actos en sentido opuesto á los actos del que ataca ó hiere el derecho, á fin de impedir su ejecucion, es pasiva cuando el poseedor del derecho deja obrar al ajente que lo hiere, ó no ejecuta las acciones mandadas y que ponen en peligro ese derecho.

Pero la resistencia activa ó pasiva puede tener un objetivo puramente individual, ó un objetivo general que hiere las autoridades constituidas, como hicimos notar ántes. ¿Es licita la resistencia individual? ¿Puede un individuo resistir activa ó pasivamente, el mandato de una autoridad? Si la afirmativa ¿cuál es su limite? Si la negativa ¿cuál es la situacion que se crea y cuáles los medios para darle una solucion eficaz, y que sastisfaga todos los derechos que pueden ser heridos?

La resistencia en la forma en que la tomamos en este momento, no entra precisamente en el cuadro que nos habiamos trazado, en cuanto no afecta directamente los intereses generales, ni importa tampoco un desconocimiento de la autoridad misma, ó el propósito de suplantarla; pero estableceremos algunas consideraciones.

Si el individuo puede ó no resistir los mandatos de la autoridad, es un punto que ha dividido y divide hoy

mismo los escritores y publicistas, ya sea considerando la resistencia como un acto de lejítima defensa, ó como un atentado contra la autoridad, previsto y castigado por la ley penal. La division ha producido tres sistemas diferentes:

1° La resistencia á la ejecucion de una órden de la autoridad pública, por ilegal é irregular que sea, constituye un atentado ó un acto de rebelion.

Este sistema se funda:

a) En que constituida la autoridad de quien dimana la órden, en situacion superior al particular y con el objeto de juzgar sus actos, ejercitando derechos generales, no puede reconocer en este su desconocimiento, sinó por los medios que la misma ley ha establecido al respecto ;

b) En que constituida la autoridad para tener superioridad sobre el particular, la presuncion de legalidad está á su favor, mientras que por los recursos legales no se haya probado lo contrario ;

c) En que siendo el funcionario responsable ante la ley penal de todo abuso del poder que se le confia, es en esa responsabilidad que debe buscarse el resarcimiento de los daños sufridos por el cumplimiento de la órden ;

d) En que autorizará cada particular á constituirse en juez de los actos emanados de la autoridad, seria establecer un sistema subversivo de todo órden público. (1)

(1) Favard de Langlade, *Répertoire*, verb. *Rebellion*, n° 6°. — Serrigny, *Droit public*, t. I, pág. 406. Decisiones de las Córtes francesas. — Bourguignon, *Jurisprudence des codes criminels*, art. 209, n° 4. — Haus, t. I, pág. 483. — Nippels, t. II, pág. 524. — Thonissen, *La Constitution belge*, pág. 31. — Pinheiro Ferreira, *Nota al N° 54 de Vattel.* — Wharton, *Criminel laws*, t. II, pág. 233.

2° La resistencia á las órdenes de la autoridad, cuando son consideradas estas ilegales ó arbitrarias, es un acto de legítima defensa, de la cual solo es juez el particular herido.

Se funda este sistema en las siguientes consideraciones:

a) En que la autoridad es tal autoridad, mientras ejercita sus facultades en los límites señalados por la misma ley que le fija sus atribuciones, y que fuera de su límite se encuentra en el caso de cualquier particular;

b) En que colocado el particular en el caso de legítima defensa, sus actos de resistencia son legítimos, y quedan fuera de las prescripciones de la ley penal, siendo él el único á quien corresponde apreciar la situacion que la ejecucion de la órden ilegal le crea frente á la autoridad;

c) En que la existencia de la autoridad con las atribuciones inherentes á sus funciones, no importa un desprendimiento completo de los derechos que el individuo tiene como persona, y que garanten su existencia como tal;

d) En que admitir la obediencia pasiva, importaria admitir la existencia de un poder sin límites, y la absorcion completa de facultades inalienables, creando así un verdadero peligro para la sociedad y las instituciones, cualquiera que fuera su forma;

e) En que la ejecucion de las órdenes, sea cual fuere su alcance y sus resultados, podria dar lugar á actos imposibles de reponer ni indemnizar, ya sea por su naturaleza misma, ya por la falta de responsabilidad en el que manda ó ejecuta, ya en todo caso por las trabas que se podrian poner para conse-

guir por los resortes legales la reposicion ó la indemnizacion. (1)

3º El derecho de resistencia no existe, sinó contra las injusticias manifiestas é insoportables, pero no contra las dudosas ó soportables, y por lo tanto se debe obedecer cuando hubiere: 1º presencia de un oficial público obrando en ejercicio de sus funciones; 2º existencia y justificacion á la persona interesada de una órden emanada de la autoridad pública competente; 3º ausencia de un testo preciso de ley, prohibiendo el acto ordenado por la autoridad.

Se funda este sistema:

a) En que siendo igualmente inadmisibles los dos sistemas estremos, es necesario tomar un término medio que dé garantías al particular, y no traiga el descrédito de la autoridad;

b) En que siendo necesario para la estabilidad del órden social se cumplan los mandatos de la autoridad y se rodee á esta de todo el respeto indispensable para el desempeño de sus funciones, es necesario tambien que se den garantías al particular, así como los medios para conocer cuando se ejercen ó no funciones legales; y este sistema viene á facilitar tal investigacion dando un criterio exacto para proceder;

c) En que las condiciones que impone son bastantes para garantir todo derecho y autorizar la resistencia. La primera, porque á los particulares no cor-

(1) Odillon Barrot y Armand Carrel (Sirey, 1832, II, 178).—Le Sellyer, *Traité de la criminalité*, t. I, pág. 294, Nº 187 y siguientes. — Balmes, *El protestantismo comparado con el catolicismo*, t. II, pág. 222, Cap. LIV.— Jousse, *Traité de la justice criminelle*, t. IV, part. 4, tit. 45. art. 11, de la declaracion de derechos del hombre. — Tissot, *Derecho penal*, t. II, pág. 196, trad. de Ortega y Garcia y anot. por Garcia Moreno.

responde la ejecucion de las leyes, como no corresponde al oficial público incompetente por razon de sus funciones. La segunda, porque el poder del agente dimana de la autorizacion recibida, y para acreditarlo y darle tales funciones, es necesario que se justifique aquella, á fin de poder ser considerado como parte. La tercera, porque la obediencia al agente es como agente de la ley, y si esta es contra el acto que se quiere ejecutar desaparece el carácter de aquel, para tomar su imperio la ley. (1)

Ahora bien: entre todos estos sistemas ¿cuál es el que ofrece mas garantías? ¿Cuál es el que consulta, tanto el interés particular como el interés social? ¿Es conveniente que la ley establezca entre sus disposiciones la facultad de resistir y las condiciones á que se debe sujetar?

Entre las teorías estremas no diríamos con Trebutien (2) que tuvieramos nuestra preferencia por el sistema de la negativa á toda resistencia, sinó por el que la autoriza, siempre á las resultas de un juicio posterior, tanto mas cuanto que la resistencia individual que no llega á ser una rebelion, no puede producir los funestos resultados que se temen.

Tratándose de un acto ilegal, de un abuso de facultades, de un acto que con todas las apariencias de la

(1) BARBEYRAC, *Notas á Grocio*, t. I, pág. 171. — TREBUTIEN, *Cours de droit criminel*, t. I, pág. 145.

Este sistema ecléctico, con mas ó menos variacion, es seguido por la mayoría de los escritores. MORIN, *Répertoire* verb. *Rebellion*, nº 8. — DALLOZ, *Répertoire* verb. *Rebellion*, nº 41. CHAVEAU Y HELIE, t. III, págs. 98 y siguientes. — FOUCART, *Droit administratif*, t. I, pág. 252, nº 249. — PRADIER FODERÉ, *Notas á Vattel*, t. I, pág. 202, en que establece el punto en una erudita nota.

(2) *Droit criminel*, t. I, pág. 145.

justicia, entraña una gran injusticia, una gran iniquidad, el individuo que es la víctima elejida, no puede estar privado del derecho de resistir, tanto mas cuanto que la ejecucion del acto puede ser de consecuencias irreparables. La condicion de la obediencia á la autoridad, es la sujecion de esta autoridad á la ley. Cuando el ajente que obra en nombre de la ley, se encuentra fuera de ella es un particular, y como tal *vim vi repellere licet.* (1)

Pero este principio general de resistencia, no puede ser tan amplio y sin limitaciones, como para evitar los males que podria producir en medio á la escitacion de las pasiones. El que debe sufrir ó cumplir la órden, es el juez de la situacion que se le crea con ella; y tiene que pesar con tranquilidad cuál será el mal mayor, el que produzca la resistencia ó el que produzca el cumplimiento del mandato superior. En esta eleccion, su responsabilidad es evidente.

A nuestro juicio, el derecho de resistencia individual no puede desconocerse, cuando se trata de abusos ó actos ilegales, juzgados en su forma y en su fondo. Pero las instituciones, los poderes constituidos pueden ó no satisfacer los daños causados; y entonces es necesario estudiar la solucion bajo sus diferentes faces.

Si la órden es ilegal ó hay abuso en ella, y su cumplimiento causa un gravámen irreparable, crea una situacion imposible de salvar, la resistencia es el único camino que queda para sostener el derecho. Si por el contrario, el mal que se produzca se podria

(1) *Si excesserit (provinciam), privatus est,* decia PAULO, Ley 3 Dig. *De offic. præsidis.*

reponer, bastará una protesta que conserve el derecho, y se deberá esperar de la accion de la misma autoridad que debe juzgar el acto, la reparacion con las indemnizaciones correspondientes.

En esta forma hay una solucion que tiene un fundamento claro y de fácil comprension. La resistencia es un derecho del particular que se encuentra sobre la gerarquía del funcionario que representa la autoridad; y es al mismo particular á quien corresponde estimar la situacion producida y la que sus actos pueden hacer producir. El mal que resultará del cumplimiento del mandato que juzga ilegal, es irreparable, resiste porque en la resistencia está la salvacion de su derecho. Es reparable aun con la incertidumbre del abuso ó de la ilegalidad, acata la órden, y deduce sus acciones en tiempo oportuno, previniéndolas con una protesta ó cualquier acto conservatorio de esta naturaleza. Pero en todo caso la apreciacion del abuso ó de la ilegalidad le pertenece, como le pertenecen las responsabilidades en que incurre.

Esta solucion es á la que arriban Pinheiro Ferreira y Sellyer, y es la que, á nuestro juicio, consulta todos los derechos y todas las garantías (1). Se respetan hasta los mandatos abusivos cuando los resultados son reparables, y entónces queda salvado el acatamiento que se debe á la autoridad en tanto está en su mano dar la satisfaccion. No se respetan, en caso contrario, y entónces el derecho del particular se pone á cubierto de todo daño irreparable.

«El ciudadano, antes de obedecer á una órden in-

(1) Véase el art. 4°, tít. III, «De las acciones posesorias», del *Código Civil,* antes citado.

justa, dice Pinheiro Ferreyra, debe examinar si la responsabilidad en que incurre la autoridad, una vez que haya sido obedecida, es real ó es ilusoria. Si el mal que debe recibir del cumplimiento á la órden es reparable, por aquel de quien ella dimana, no hay duda de que debe obedecer, siquiera sea porque, cualquiera que sea su conviccion, puede equivocarse. Pero si el mal que se debe recibir es por su naturaleza irreparable, ó si, por la prepotencia de la persona de quien la órden emana, el ciudadano tiene la conviccion que ese mal, desde luego grave, no será reparado, el deber le manda no obedecer.

«La autoridad emplea en este caso la fuerza para obligar al ciudadano, á este corresponde pesar los males que debe temer de la resistencia, comparándolos con aquellos que pueden resultar de la obediencia. Sí, decidido á resistir, fuera llamado á responder de las consecuencias de su resistencia, le bastará probar que los males á recibir de la obediencia serian irreparables, para que deba ser absuelto. Pero si no lo probase, ó si está convencido de haber obrado de una manera inconsiderada, no hay duda de que un castigo proporcionado á su falta deberá serle impuesto.

«Agregamos que el ciudadano, sea que obedezca ó no, deberá dar parte á la autoridad superior á aquella de quien la órden injusta ha emanado, pues su silencio podria tomarse como un acto de complicidad.» (1)

«Segun los principios rigorosos del derecho es permitido resistir á los abusos de la autoridad, dice Sellyer... Si el perjuicio que debe resultar del abuso

(1) *Nota al* § *54 de Vattel,* pág. 61.

de autoridad, es por su naturaleza reparable, creemos mas conveniente someterse provisoriamente protestando contra el abuso, y haciendo dar constancia de sus protestas y de sus reservas para reclamar los daños y perjuicios. De este modo se evitará el escándalo y el peligro de una lucha contra el poder, al mismo tiempo que se dará el tiempo de reflexionar sobre el partido que se debe tomar, y de convencerse mas sobre la realidad del abuso. Pero si el perjuicio que debe resultar del abuso de autoridad, es de imposible reparacion; si la lucha que traerá la resistencia, no será mas perjudicial que la sumision; si por otra parte, el error del poder es evidente, nada impedirá que á sus riesgos y peligros, se oponga á los abusos de la autoridad, una resistencia que ella misma ha provocado, y que se ha hecho necesaria.» (1)

Si este derecho de resistencia como tal derecho, debe ó no estar inscrito en la ley, aunque pueda ser objeto de discusion, me parece evidente la negativa. Para la afirmativa sería necesario que fuera posible establecer claramente los límites que dependen de los hechos mismos; y es la apreciacion de los tribunales y la oposicion de la doctrina, las únicas que pueden dar las reglas de solucion.

En estas materias el hecho domina casi siempre el derecho, porque es el hecho el que en definitiva le da nacimiento, una vez que habrá que apreciar si la resistencia ha sido proporcionada al ataque. El reconocimiento aislado del derecho, podria dar lugar á conse-

(1) *Traité de la criminalité*, t. I, págs. 295 y 298. — MONTESQUIEU, espone las soluciones diferentes que dan las formas de gobierno en cuanto á obediencia ó no á los mandamientos de la autoridad, pero no presenta solucion. *Esprit des lois*, libro 3º, capítulo 10.

cuencias que no se pueden admitir, tanto mas cuanto que en la generalidad de los casos la obediencia será mas prudente que la resistencia; y entónces es necesario que como elemento natural entre en la accion esclusiva del propietario del derecho, siendo juez de su existencia y de su alcance, ya como consecuencia ó no de otras prescripciones legales. (1)

Pero si la resistencia á los actos ilegales ó abusivos de la autoridad, es ó puede ser una resistencia lejítima, ¿podrá decirse lo mismo con la resistencia á la ley? ¿Será lícito al particular negarse á obedecer una ley dictada por los poderes competentes, porque segun su apreciacion es injusta ó importa un atentado?

Este punto quedará implícitamente resuelto, en las soluciones que vamos á establecer ocupándonos de la resistencia colectiva, ya sea esta activa ó pasiva.

IV

La resistencia colectiva y que tiene por objeto cambiar los poderes públicos ó alterar la organizacion del gobierno, no puede ser juzgada, sin duda, con el mismo criterio que aquella que no tiene mas trascendencia que el acto mismo que la produce, y que debe someterse al fallo del poder aceptado de antemano para ello.

El particular que resiste, cometa ó no un acto irregular, solo establece relaciones entre su persona y la autoridad en cuanto á las responsabilidades respectivas. El hecho interesa á la justicia en cuanto es

(1) A estas conclusiones llegaron los legisladores belgas. Véase en NIPPELS, t. II, págs. 540 y 706, las opiniones de Pirmez y de d'Anethan,

la llamada á resolver el caso en definitiva; é interesa al poder administrador, en cuanto es indispensable que la disciplina de los agentes se mantenga, y en cuanto es su deber el conservar el vínculo de respeto de estos y de aquellos que están sometidos á su autoridad, á fin de hacer posible la marcha regular del gobierno.

Pero cuando la resistencia tiene objetivos mas estensos, cuando se desea una alteracion en las personas y en las instituciones, que debe conmover la sociedad, y producir por las violencias que es indispensable emplear, los mas sérios trastornos, entónces es preciso buscar un criterio mas restringido, un criterio que se coloque en el terreno que dando satisfaccion al interés herido busque el alcanzarlo por otros resortes antes que por la resistencia violenta.

La resistencia en el sentido en que nos ocupamos toma diferentes nombres segun el punto de vista de que se le mire. La autoridad al sostenerse y buscar los medios de combatirla, le llama rebelion, sedicion, traicion. La agrupacion que resiste y que solo tiene un objetivo político, la designa bajo el nombre de revolucion. Para la una es un delito y solo vé delincuentes que es necesario someter á la justicia y aplicar el castigo establecido por la ley penal. Para la otra es el ejercicio de un derecho, á fin de deponer al que oprime, ó á fin de cambiar la forma que da lugar á la opresion. Y esta doble faz bajo la que se presenta, pone de manifiesto ese fenómeno que ha hecho decir á Morin: «la insurreccion triunfante se legitima por el triunfo; la insurreccion vencida es y será siempre un acto criminal». Es la consecuencia de la

naturaleza del acto, que destituido de una perversidad propia, da lugar á la especialísima situacion que aquellas palabras presentan.

¿Es lícita la resistencia? ¿Puede resistirse la observancia de una ley, y levantarse en armas contra los que la dictaron? ¿La revolucion es un derecho del pueblo contra las autoridades constituidas? ¿Están autorizados los poderes que gobiernan el Estado para castigar los actos que conspiren contra su existencia?

La lucha es tan antigua como la sociedad misma. Desde que el ejercicio de la soberanía se produjo, y fué necesario delegar los poderes, la controversia existe sin duda, con caractéres mas ó menos pronunciados. El que manda aplica en sus actos no solamente las disposiciones de la ley, sinó su propia voluntad que es lo arbitrario y que produce el abuso, hiriendo desigualmente los derechos ó aspiraciones. El que obedece, dispuesto siempre á encontrar una usurpacion, resiste á impulsos, sea de una aspiracion noble y generosa, sea de un interés egoista y mesquino como el que lo provoca. Ambos están en corrientes contrarias, y que se chocan con la mayor facilidad. ¿Dónde está la verdad? ¿Puede producirse la opresion, y negarse la resistencia violenta?

Como en los casos de la resistencia individual á los actos ilegales de la autoridad, los publicistas y escritores se han dividido en las soluciones y en la manera de apreciar los hechos, y se han formado diferentes sistemas, radicales los unos, eclécticos los otros.

Los pueblos no tienen el derecho de resistencia en la forma revolucionaria contra las autoridades

constituidas. Los soberanos ó poderes públicos mandan, y los ciudadanos ó súbditos obedecen. Todo movimiento para alterar ó cambiar violentamente esta forma de relaciones, es un atentado que debe ser severamente castigado.

Son fundamentos principales de este sistema:

1° Que los poderes públicos son constituidos para dominar y gobernar á los que se han considerados incapaces de gobernarse directamente, y solo ellos son los jueces de la estencion que dan á sus atribuciones, porque solo ellos son los responsables de sus actos ante la ley.

2° Que tratándose de un monarca, sus actos están fuera del juicio de los gobernados, que no pueden deponerle ni quitarle sus atribuciones que fueron, ó una delegacion perpétua, ó el resultado de inspiracion ó voluntad mas altas que las que pueden pertenecerle.

3° Que admitir el predominio ó el juicio de los gobernantes sería:

a) Cambiar ó trastornar el organismo social cuya marcha regular tiene precisamente su fundamento en el mantenimiento de la gerarquía de mando y obediencia entre gobernantes y gobernados;

b) Constituir á los gobernados jueces de lo que no entienden, ni son capaces de entender, una vez que carecen de los elementos que han servido á los gobernantes para establecer sus decisiones;

c) Dar lugar á que los malos elementos predominen por los golpes de audacia, y hacer á los demás instrumentos de sus ódios ó de sus intereses bastardos;

4° Que la doctrina que proclama la resistencia ha sido horrorozamente fecunda para la infelicidad del género humano, siendo inmensos los males que ha

producido toda idea de revolucion, ora victoriosa, ora vencida; y que es absolutamente inútil, pues el cambio mas grande cuya realizacion han presenciado los siglos, el desarrollo y triunfo de la religion cristiana, se verificó sin ningun hecho de insurreccion, sin ningun hecho de fuerza, por el solo poder de las ideas y de las convicciones. (1)

5º La resistencia es un lejítimo derecho del pueblo, cuyo ejercicio le pertenece esclusivamente; y cuando el gobierno viola los derechos del pueblo, y la insurreccion es para el pueblo y para cada porcion de él, el mas sagrado y mas indispensable de los deberes.

Este sistema ó teoría, en sentido completamente opuesto al otro, establece sus fundamentos:

1º En que los poderes públicos son emanacion del pueblo, es por su voluntad que ejercitan las facultades delegadas; y una vez que conspiran contra esa voluntad haciéndose instrumentos de opresion con la fuerza misma que ha puesto para defenderlo, el mandante tiene el lejítimo derecho de retirar sus autorizaciones con el consentimiento, y contra el consentimiento del mandatario que ha faltado á sus deberes.

2º En que el derecho es anterior y superior á la ley; lo justo y lo injusto existen independientemente de las convenciones humanas; y la iniquidad es siempre la iniquidad aunque obtenga el asentimiento de todo el pueblo. La conciencia humana no pierde jamás

(1) BARCLAY, *Contra monarchom*, Lib. III, Cap. 8. — FILMER, *Observations concernning the origin of government.* — BOSSUET, *Advertissement 5 sur les lettres de Yurien.* — HOBBES, *De cive.* — DE REAL, *Science du gouvernement*, t. IV, pág. 305 y siguiente. — MORIN *Répertoire* verb. *insurrection.* — PACHECO, *Estudios de derecho penal*, pág. 149. — ROSMINI, *Serbati, Opere*, t. XX, págs. 838 y siguiente.

sus derechos. Es el eterno honor del hombre, tener siempre en su conciencia un asilo inviolable en el que la fuerza no puede penetrar y en que todas las iniquidades encuentran su juez, tanto la de los pueblos como las de los reyes.

3° En que el pueblo oprimido necesita contener la opresion, so pena de contrariar sus mejores destinos, y esto no se puede conseguir sinó oponiendo la fuerza á la fuerza, la resistencia activa ó pasiva, á la usurpacion violenta ó sagaz. La autoridad ha dejado de ser autoridad, cuando se ha convertido en elemento de opresion, por una usurpacion de los mismos derechos que ha debido conservar, y su derrocamiento, por mas doloroso que sea en sus consecuencias, es el camino que queda espedito para la reparacion.

4° En que si bien pueden señalarse medios pacíficos para conseguir el resultado que se busca, esos medios casí nunca están al alcance de los que sufren la opresion, que no son capaces de poner en movimiento su mecanismo, ó se han rodeado de tales dificultades que se han suprimido en el hecho; y entónces, ó á la usurpacion, á la opresion se agrega la burla y el escarnio, ó el oprimido da en tierra con el mandatario infiel. (1)

3° La resistencia es lejítima, como lo es entre los individuos, cuando se trata de un acto estremo de de-

(1) *Declaration des Droits de 1793*, artículo 33. Bill de derechos de Inglaterra. LOCKE, *Traité du gouvernement*, cap. 18, § 210. — GROCIO, t. I, pág. 325, cap. 4, traduccion de Pradier Foderé. BARBEYRAC, *Notas á Puffendorf*, lib. VII, cap. 8°, § 6, nota 1ª. — BLACKSTONE, *Com.*, lib. I, cap. 1°. — ACOLLAS, *Science politique*, pág. 33. — PRADIER FODERÉ, *Notas á Vattel*, t. I, pág. 202, nota 1ª y los autores que cita. — TONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 2ª edicion, pág. 31, n° 53.

fensa, pues ambos tienen una estricta analogía. En los dos casos el mal debe ser grave, y todos los medios regulares y pacíficos de defensa han debido ser agotados ántes que la parte herida llegue á los estremos; en los dos casos se espone á una terrible responsabilidad; en los dos casos tambien, es al que recurre á un medio desesperado á quien corresponde probar que este medio era necesario, y si no lo consigue, se hace pasible justamente de los castigos mas severos.

Este sistema se apoya en las siguientes consideraciones:

1° En que si bien el acatamiento de las autoridades constituidas debe ser la regla general, á fin de evitar su descrédito, é impedir las convulsiones inmotivadas y perjudiciales que traeria el juicio mas ó menos estraviado de cualquier individuo, no es posible desconocer que su observancia sin escepcion podria dar lugar á la mas insoportable tirania;

2° En que los pueblos no pueden colocarse en inferior condicion al individuo aislado, y si este puede resistir y hacerse justicia por sus propias manos para rechazar la agresion, una vez que la intervencion de la autoridad, ó es imposible ó se produciria tarde ya para evitar el mal, aquellos lo pueden tambien con tanta mas razon, cuanto que agotados los medios legales, solo quedan frente á frente el verdugo y la víctima, sin reparacion posible;

3° En que si bien es imposible determinar de un modo claro y terminante el límite de la accion ó los casos en que ella debe producirse, la sociedad no puede ser obligada á sufrir pasivamente todo el mal que la tiranía puede causarle, como no lo está tampoco en el individuo en los mismos casos;

4º En que no siendo absoluto el derecho del Estado sobre los individuos, la obediencia del ciudadano tampoco lo es. El individuo está obligado á la obediencia al poder solo hasta donde se estiende la esfera pública; pero no está obligado cuando el poder invade la esfera del derecho privado, no por motivos de estado, aún allí donde el derecho privado está subordinado al derecho público en conflicto real. (1)

5º Los pueblos rejidos por instituciones libres no conservan el derecho de resistencia, y deben encontrar en esas mismas instituciones los medios de alcanzar la satisfaccion del derecho herido, y evitar en lo futuro la repeticion del abuso y de la injusticia. La supresion del mecanismo del gobierno libre y de los derechos garantidos solo puede autorizar la resistencia.

Se funda esta teoría:

1º En que los pueblos rejidos por instituciones libres tienen en el mecanismo de estas instituciones las reglas de procedimiento, que sirven para garantir á los poderes constituidos contra los caprichosos movimientos populares, y á los habitantes del Estado contra el abuso, la injusticia y la opresion de los mismos poderes y en esto precisamente es que consiste su bondad y su eficacia;

2º En que cuando el juego armónico de los principios consagrados no sea bastante para dar satisfaccion al derecho herido, por cuanto falte algun nuevo resorte ó el existente no produzca el remedio deseado, hay siempre un camino abierto para conseguirlo, una

(1) Macaulay, *Histoire d'Angleterre*, t. III, págs. 169 y siguientes. — Bluntschli, *Derecho público universal*, t. II, pág. 269.

vez que la reforma está autorizada en la carta constitucional y en ella se determinan las tramitaciones que deben producirse para llegar á ese fin;

3º En que no estando creado el medio requerido, ni pudiendo crearse por la reforma, una vez que el mal reconoce su fuente en circunstancias especiales producidas y sostenidas por las personas y no causadas por las instituciones mismas, el ejercicio de los derechos garantidos, la prensa, la asociacion, son bastantes para dar el resultado que se busca, para cambiar una situacion, haciendo servir los mismos elementos contrarios á los buenos principios lentamente, es verdad, pero sin los trastornos de una revuelta, cuando menos;

4º En que en pueblos rejidos por instituciones libres y en que los poderes se renuevan en épocas determinadas, la opresion es imposible mientras este mecanismo funcione regularmente: puede haber un momento en que el funcionamiento regular sea aparente, y el cambio del personal se opere en una série de personas designadas de antemano con un propósito determinado; y el remedio está en el ejercicio de otros derechos que volverán lentamente á hacer funcionar la rueda interrumpida, mas nunca en el que trozando todo el organismo, no asegura de ninguna manera sus resultados;

5º En que la resistencia, la revolucion, solo puede ser lejitimada cuando el funcionamiento de las instituciones libres se ha hecho imposible, por la absorcion de poderes, por la imposibilidad de la reforma, por la negacion de los derechos que sirven de manifestacion de voluntad, por la violacion de los derechos privados que constituyen la personalidad misma del

hombre. Entónces todo ha desaparecido, y la fuerza tiene que oponerse á la fuerza, como única solucion. (1)

Buscaremos la solucion estudiando los sistemas y estableciendo algunas consideraciones generales.

La resistencia en la forma en que la venimos analizando no es sinó el movimiento violento por la amenaza de la fuerza, ó por el empleo efectivo de la fuerza, que da por resultados un cambio del estado jurídico ó del personal que representa ese estado. La forma puede ser diversa por los medios que se empleen, y ya manifestarse abiertamente, ya por organizaciones secretas.

¿Pero la resistencia puede establecerse ó declararse como un derecho en igualdad de condiciones á los demás derechos que garanten las prescripciones constitucionales? ¿Puede establecerse que el Estado proteje la resistencia como un derecho?

(1) Véase: LAURENT, *Droit civil*, t. I, pág. 68, nº 33 y siguientes. — SAREDO, *Trattato delle leggi*, t. I, pág. 363, nº 485. — BARA, *Rapport sur le projet de loi fait à la Chambre des Représentants (Docum. parlem.* 1863, págs. 499 y siguientes).—GHEDOLF, *Rapport fait au Sénat le 7 sept. (Docum. Parlem.* 1864, págs. 7 y siguientes). — PASICRASCIE, *Recueil général de jurisprudence des Cours de Belgique*, 1866, pág. 309. — Corte de Casacion de Francia (PAULIN, *C. Ministère public)*, SIREY 1833. *C. Regia de Firenze, (Fedi, mensa arcivescovile de Firense), Legge*, 1861.

BLOCK *(Dictionnaire politique*, verb. *résistance, droit de)*, reasume así la opinion de algunos autores alemanes sobre el derecho de resistencia: «Se puede distinguir cuatro maneras de ver: los unos consideran el Estado como un pacto político entre el gobierno y el pueblo. Es un contrato sinalagmático que cesa de ser obligatorio para una de las partes, desde que la otra lo ha roto (Fuerbach, Strombeck). Otros piensan que ningun gobierno, cualquiera que sea su orígen, tiene el derecho de cometer una injusticia, y que nadie tiene el deber de sufrirla (BANER, ROTTECK, JORDAN). Otros hacen de la resistencia simplemente un negocio de conciencia ó moral (ERHARD, STAHL). En fin FICHTE piensa que el pueblo siendo soberano, tiene siempre razon *cuando está unánime*».

La Magna Carta y las disposiciones posteriores garantieron en Inglaterra la resistencia como un derecho (1). Así lo manifestó la Francia en el artículo 2 de la Declaracion de derechos de 1789, lo repitió en los artículos 33 y 34 de la Constitucion de 1793, suprimiéndolo en la de 1795 (2). Los Estados Unidos de Norte América la proclamaron en la declaracion de su independencia de 4 de Julio de 1786. (3)

Sin embargo este ejemplo no ha sido seguido por las Constituciones de los demás paises, no sin duda, porque todas participarán de la opinion que la resistencia no sea lejítima en ciertos casos, sinó porque no es lógico que la constitucion garanta lo que es ó puede ser su negacion, ya por un cambio completo, ya por una alteracion del mecanismo que ella establece, aunque en realidad cuando ella se produce es porque esta se encuentra suspendida de hecho.

Cuando discutiéndose la Constitucion de Bélgica se pretendió introducir un artículo que dijera que la resistencia era lejítima, no se rechazó como falsa esta proposicion, sinó como peligrosa, una vez que era imposible establecer reglas precisas, y todo iba á quedar librado á la caprichosa interpretacion del mas osado ó aturdido. (4)

Por nuestra parte creemos que esta es la buena doctrina, que en nada perjudica el principio que puede

(1) Véase: Lieber t. II, pág. 175. — Fishel, t. I, pág. 180. — Blackstone, lib. 1, cap. 1°.—De Lolme, t. II, pág. 39.— Macaulay, t. III, págs. 169 y siguientes. — Guizot, *Essais sur l'histoire de France*, cap. 3°, pág. 436.

(2) Hélie, *Les Constitutions de la France*, págs. 30, 376 y 468.— Chassan, *Délits et contraventions de la parole*, t. I, pág. 228.

(3) Lieber, t. II, pág. 283, apéndice.

(4) Véase Tonissen, *La Constitution belge annotée*, pág. 31.

sostenerse en los casos requeridos, no obstante haberse afirmado por Hélie que la supresion de la prescripcion en la Constitucion de 1795 en Francia, «privó su obra de la sancion lójica, sin la que los derechos y la libertad no son mas que una vana palabra». (1)

Los peligros que entraña toda resistencia son demasiado graves, para dejar el derecho envuelto en cláusulas generales en cuyos términos puedan ampararse las mas estrañas interpretaciones, dando lugar á ejecutar de buena fé actos irregulares siempre; é incorporarla espresamente á la Constitucion sería poner las convulsiones interiores á su amparo, y establecer una clara desconfianza de la justicia que se crea precisamente para hacer imposible tales actos. (2) La resistencia no es un principio, sinó un acontecimiento, y la situacion anormal que lo produce importa el volver á la situacion en que el principio no habia sido conquistado, y en que haciendo tabla raza de todo, se busca en la fuerza la recomposicion de lo destruido, el equilibrio de lo desequilibrado. (3)

El derecho de resistencia ha sido admitido desde los tiempos mas remotos, como la defensa de los oprimidos contra los abusos de la usurpacion. El Tribu-

(1) *La Constitution de la France*, pág. 468.

(2) TRENDELEMBURG, *El derecho natural sobre la base de la ética*, traduccion italiana de N. Modugno, pág. 521.

(3) BLUNTSCHLI, *Derecho público universal*, t. III, pág. 133. — «La resistencia á la opresion, ha dicho ALCALÁ GALIANO, no debe ser reconocida como un derecho en que las constituciones están fundadas». *Lecciones de derecho político constitucional*, pág. 96.

«El derecho de revolucion no se escribe, dice THIERS. Se ataca un gobierno, se triunfa, si se puede, ó se debe sufrir la justicia. Pero pedir que se pueda discutir todos los dias el gobierno, es pedir el derecho de revolucion». *Discours*, t. III, pág. 144.

nado en Roma era la espresion de la resistencia del pueblo contra las leyes injustas ó abusivas, y el encargado de examinarla resistencia que debia encarrilar el poder en los límites del derecho. El Eforado en Esparta velaba por la libertad del pueblo y resistia el abuso de los reyes. La defensa personal, la lucha entre los barones y los reyes, no eran en la edad media sinó la consagracion de la resistencia. Los principios proclamados por la Inglaterra, la Francia y los Estados Unidos, eran la continuacion de ideas sofocadas en los grandes trastornos políticos y sociales, y que debian provocar por sus escesos los movimientos reaccionarios de los Congresos de Viena, Troppan, Laybach, pero que concluyeron por establecer el sistema representativo, que ha quitado su gran importancia á estas cuestiones.

Así, el sistema que niega completamente todo derecho de resistencia, es un sistema de la escuela absolutista que coloca la autoridad sobre todos los que gobiernan, como habiendo recibido el poder de Dios, ó del pueblo por una enajenacion perpétua, y para ella todo movimiento insurreccional es el mas grande de los delitos, porque la persona, del que manda es sagrada, y porque nadie tiene el derecho de cambiar por sí mismo lo que no se ha dado por su voluntad.

Sus conclusiones no pueden admitirse una vez que son falsas las premisas. Los pueblos se dan sus propias instituciones, y elijen sus autoridades con mas ó menos restricciones, pero no enajenan el poder de alterar todo esto ya por medios determinados de antemano, ya por la fuerza cuando la usurpacion ha convertido el organismo del gobierno en instrumento de opresion. La doctrina de la no resistencia absoluta,

sería, como dice Hallam, el verdadero suicidio de un pueblo. (1)

¿Será acaso mas aceptable el sistema opuesto, el de la resistencia sin límites? Aquel condena toda resistencia, porque reconcentra todos los derechos en los que mandan, y este aplaude toda resistencia porque sustituye el capricho del que obedece al ejercicio del derecho que dirije su conducta. La locura de los unos, como dice Bluntschli, corren parejas con la estrechez de miras y los perjuicios de los otros. (2)

La resistencia absoluta es la anarquía, es el desquicio social. Todo sistema de gobierno es imposible, mientras el juicio propio se sustituya en todo momento al de la autoridad encargada de interpretarlo, y la fuerza sea el solo medio de resolver los conflictos, volviendo á un estado primitivo que las instituciones han condenado, como la realizacion de las aspiraciones de muchos siglos y el fruto de luchas sangrientas, y de innumerables sacrificios.

Ni servil, ni revoltoso: los dos estremos son igualmente funestos. Si servil porque el despotismo se entroniza y la degradacion es su consecuencia. Si revoltoso, porque todo órden social desaparece y dominando la anarquía se llega por el esceso al servilismo. Es menester que los reyes se hagan tiranos por prudencia, ha dicho Burke, desde que sus súbditos se hacen rebeldes por principios. (3)

El sistema de la lejítima defensa, si bien toma un punto de partida intermedio, deja demasiada latitud

(1) *Historia Constitucional*, t. III, pág. 268.

(2) *Derecho público universal*, t. III, pág. 133.

(3) *Considérations sur la Révolution de France.*

al juicio del que debe resistir, creando una situacion que, admisible en el particular que tiene tras si un tribunal, no lo es con el que con sus actos da la solucion sin juicio posterior. El peligro debe ser inminente pero no se esplica cual debe ser el derecho en peligro, y cuando existe ese peligro, todo lo que es mas fácil establecer en el órden privado puesto que se trata de de la vida.

A nuestro juicio la verdadera solucion se encuentra en el sistema que hemos designado bajo el número cuatro.

En todo pueblo constituido, gobernado por instituciones libres, la revolucion es imposible mientras el organismo constitucional se mantenga sin la absorcion de poderes, porque en sus resortes debe encontrarse el remedio á todas las enfermedades políticas; y si esto no fuera así, sabiamente todas las constituciones han establecido en sus cláusulas la de su reforma, que es la suprema válvula de seguridad contra sus deficiencias ó sus imperfecciones.

Pueden cometerse errores y estos errores pueden ser el resultado de las pasiones políticas. Las ambiciones desmedidas conducen muchas veces al desconocimiento de los derechos, y á interrumpir ó desequilibrar el mecanismo de los poderes. ¿Será un remedio á estos males la revolucion?

No, sin duda. Las revoluciones, creando situaciones de fuerza, crean un estado completo de anarquía y un desequilibrio en todo el organismo social (1). Luchan

(1) Homero, habia dicho ya:

Que ni casa, ni lugar, ni patria tiene
El que las guerras intestinas ama
Siempre dañosas.

Iliada, IX, 63, 64, traduccion de Hermosilla.

los poderes por sostenerse y la violencia desconoce todas las garantías en esas guerras fratricidas que no tienen valla y cuyos rencores guardan generaciones enteras. Luchan las agrupaciones por destruir los poderes y los malos elementos surjen y el poder de contenerlos desaparece sin saber que será del dia de mañana (1). ¿Hay comparación posible entre los males del error, de la interrupcion pasajera, y los males de la revuelta, de la fuerza y de la anarquía sangrienta? (2)

Nuestra propia esperiencia nos responde. Toda lucha armada que ha tenido tales causas por bandera, ha esterilizado nuestras fuerzas, y ha concluido por entronizar una situacion peor que la que se quería remediar; los principios constitucionales han sufrido mas que nunca, y la interpretacion que se les ha imprimido va á otra forma de gobierno que á aquella que quisimos mantener y que creimos era una conquista definitiva. (3)

(1) Bluntschli, t. III, pág. 135, reasume con precision y claridad los males que producen las revoluciones. — Real, *Science du gouvernement*, t. IV, pág. 316, los establece igualmente con vivísimos colores.

(2) Aún en el caso en que la victoria se decide por los insurgentes, dice Haller, raramente su triunfo es seguido de un mejor órden de cosas; pues la libertad que se hace oir tan alto en semejantes casos, no es la libertad del pueblo, sinó de sus gefes. *Restauration de la science politique*, t. III, pág. 61.

(3) «Yo preguntaría, decia el Dr. Pellegrini en 1878 en la Cámara de Diputados de la Nacion, á los que vienen á sostener aquí el derecho de la revolucion ¿qué debe la patria argentina á la anarquía y á la revolucion? Yo les preguntaría ¿qué revolucion, qué revuelta, qué pronunciamiento, ha fundado un órden regular de cosas, no en la República Argentina, sinó en toda la América del Sud? No sabrian nunca contestarme. Y, entre tanto puedo decirles: «lo que ha traido la revolucion y la anarquía, es miseria, es llanto, es veinte años de la mas ignominiosa tiranía. No se fundan sociedades sobre las revueltas y sobre los pronunciamientos; las sociedades se fundan sobre el respeto á la autoridad, sobre el ejercicio honrado y sério de las libertades públicas.» *Diario de Sesiones*, pág. 225.

«Las constituciones se dan para observarse, decía un jóven é intelijente diputado al Congreso de la Nacion; la voluntad se espresa en las formas de accion constitucional; y nada que salga de este mecanismo regular y armónico de las instituciones puede aceptarse como válido, y tiene que condenarse severamente.

«Es necesario á mi juicio que nos convenzamos que las constituciones no son pactos convencionales que puedan tener una duracion limitada, á las que se pueda asignar el plazo que quiera fijar la reunion de todas las voluntades. Las constituciones son establecidas para dar á los pueblos los medios de elejir los gobernantes, de conservar sus libertades, de perfeccionar sus instituciones; y todo lo que salga del órden regular de estos instrumentos, es perjudicial á las libertades, es perjudicial á las instituciones. No se establece la legalidad de ese modo.

«Todos los poderes públicos pueden errar; pero es deber de todos los ciudadanos respetar esos mismos errores porque en el respeto de estos errores está la salvacion de todos. Se dice que puede haber autoridades ilegales; pero la legalidad que se va buscando, no se concibe que pueda establecerse con la imposicion de las armas victoriosas. Las pruebas de la ilegalidad que se condena, no se pueden sacar de entre las ropas ensangrentadas de los que caen en el campo de la lucha.» (1)

(1) Discurso pronunciado por el Dr. LUIS LAGOS GARCIA, *Diario de Sesiones* de la Cámara de Diputados, 1878. t. I, pág. 99.

El jóven y distinguido orador Dr. DELFIN GALLO, decia en la misma discusion y en un notable discurso: « El derecho á la revolucion es un derecho santo de los pueblos; pero únicamente cuando tratan de realizar algunas de

Laurent, el sábio jurisconsulto belga, ha dicho: «Puede suceder que la mayoría se equivoque: la mayoría de las Cámaras es tan falible como la mayoría de la Nacion. ¿Dónde está el remedio? ¿En la revuelta? Hay revueltas lejítimas: los belgas no pueden negar la lejitimidad de la resistencia, aun activa, violenta, pues deben su independencia á una revolucion. Pero las revoluciones no son lejítimas sinó cuando son necesarias y no lo son sinó en donde no hay instituciones libres: como lo ha dicho muy bien el Ministro de Relaciones Esteriores, M. Rogier, el juego regular del gobierno representativo basta para correjir la iniquidades de la leyes cuando se cometen.... Ha habido en el curso de la revolucion francesa, leyes realmente de espoliacion; y la convencion nacional que las dictó, se apresuró á abrogralas, cuando el despotismo revolucionario cesó de pesar sobre ella.» (1)

Mas adelante, siguiendo este órden de consideraciones y tratando de hacer palpables sus consecuencias por el ejemplo, se pregunta: «¿Por qué el réjimen parlamentario ha sucumbido en Francia, bajo un golpe de estado? Porque las revoluciones, recurriendo sin cesar á la fuerza, han destruido el sentimiento del derecho. ¿Por qué en Inglaterra el despotismo es impo-

esas grandes evoluciones sociales tan necesarias para el perfeccionamiento de la humanidad. Ha sido santa la revolucion francesa, porque vino á emancipar al mundo de las cadenas que lo oprimian. Ha sido santa la revolucion de Mayo, porque era el levantamiento de un pueblo que se sentía con la virilidad necesaria para dirijir sus propios destinos. Fué santa por las mismas razones la emancipacion de los Estados Unidos. Pero la revolucion no tiene razon de ser en un pueblo que se encuentra constituido, porque ella es precisamente la negacion de toda constitucion.» *Diario de Sesiones* citado, pág. 129.

(1) *Principes de droit civil,* t. I, pág. 72.

sible? Porque el respeto que los ingleses tienen á la ley, es un verdadero culto: sin embargo, estas viejas tradiciones que se respetan no están siempre en armonía con la justicia. Las iniquidades legales no han faltado en Inglaterra; ellas desaparecen, no por la fuerza, sinó por la accion regular de las instituciones constitucionales. En tanto que los ingleses no han sido libres, han hecho revoluciones para conquistar la libertad; desde que la gozan, no hacen ya mas revoluciones y nadie piensa en un golpe de estado.» (1)

Pero si todo esto es á nuestro juicio incontrovertible, tampoco puede afirmarse que la resistencia, la revolucion, no llegue un momento en que sea necesaria, imprescindible. Es posible concebir una situacion, en que el error ó la maldad de los gobernantes haga imposible toda vida regular, no ya solamente en el réjimen de las instituciones sinó tambien en el órden puramente privado, en el hogar mismo. ¿Podría soportarse tal estado?

La injerencia directa de los poderes públicos, ó el esclusivismo de un partido que se ha apoderado de una situacion, limitan por sus actos el ejercicio de los derechos á cierta parte de los gobernados ó á una agrupacion política. Si este mal depende de una falta ó vacío en las instituciones, su reforma es el medio que se presenta para evitar su repeticion. Si depende del error ó del uso indebido ó abusivo de la facultades

(1) *Principes*, t. I, loc. cit. — SAREDO en su *Trattato delle leggi*, t. I, pág. 363, concuerda con las opiniones de LAURENT.

« Una buena constitucion, dice MOUNIER, no impone jamás al pueblo la necesidad de la insurreccion, y la hace imposible, en tanto no es necesaria, pero si lo es una vez, no hay poder sobre la tierra capaz de impedirlo.» *Considérations sur le gouvernement*, pág. 53.

que les estaban concedidas y libradas á su solo juicio, entónces es preciso buscar en la propaganda lenta pero segura, en la libertad de la prensa, en la libertad de reunion y de asociacion, y en el ejercicio de todos los demás derechos concordantes, el cambío de la situacion dominante (1). Hasta aquí la revolucion no aparece, porque no es necesaria, porque el mecanismo de las instituciones la reemplaza con evidente ventaja.

Pero uno de los poderes, el Ejecutivo mas fácilmente, aunque tambien puede serlo el Lejislativo, absorbe todos los demás poderes, destruyendo el organismo constitucional que era una garantía. Algo mas todavía: priva el ejercicio de los derechos coadyuvantes de la prensa, de la palabra, de reunion y de asociacion, ó introduciéndose hasta la familia atenta contra sus mas sagrados é inviolables derechos. ¿Podrá soportarse tal estado?

No puede haber á esta pregunta, sinó una sola contestacion, y ella es y debe ser negativa. Todo ha desaparecido, y es indispensable oponer la fuerza á la fuerza, la violencia á la violencia. La eleccion, entónces, no es dudosa: entre el mal de la opresion degradante y servil, y el mal de la anarquía, del derramamiento de sangre, de la guerra cívil, estamos por este con todas sus consecuencias. El deber de obediencia ha cesado, porque el gobernante ha ultra–

(1) El Dr. Rawson, como Ministro del Interior, decía en el Senado Nacional «.... Cuando los individuos de una comunidad no corren el riesgo de que se viole en ellos alguno de los derechos garantidos; cuando pueden publicar sus ideas libremente por la prensa, reunirse para fines útiles; entrar y salir del territorio y ejercer, en fin, cualquier derecho de los que les están deferidos como á individuos, digo, que en un pueblo así constituido no puede existir el despotismo ».

pasado el límite de la esfera pública, ha salido fuera del ejercicío de su derecho de gobierno, y desapareciendo el ciudadano ha aparecido el hombre á reivindicar sus derechos de tal, á defender su personalidad en sí mismo y en su familia, con toda la vehemencia de sus convicciones. (1)

« El verdadero remedio que se pueda emplear contra la fuerza sin autoridad es oponer la fuerza, dijo Loke. En todos los casos de abuso de poderes, como en los casos en que no hay juez en la tierra, no queda sinó un recurso al pueblo, y es recurrir al cielo » (2). Pero, Blunstchli ha espresado con mayor claridad y lucidez y con la precision que le distingue la situacion á que nos referimos, diciendo: « El poder tiránico tiene límite cuando el oprimido en ninguna parte encuentra justicia, cuando no se puede soportar la carga, entónces levanta confiado el hombre su alma al cielo y sostiene que sus eternos derechos son firmes, invariablemente inviolables, como las estrellas mismas. Entónces vuelve al primitivo estado de la naturaleza en que un hombre es igual á otro hombre. Como último medio, si ningun otro sirve, se le ha dado la espada. Debemos defender todo lo posible con nuestros bienes, con nuestra fuerza, la patria, y con todo nuestro corazon á nuestras esposas y á nuestros hijos. » (3)

(1) Un refran aleman de la edad media decía: « El emperador debe ser emperador, mientras hace justicia. El emperador es igual al mas pequeño cuando hace injusticia. »

Trajano habia dicho entregando su espada al prefecto del pretorio: « Para mí si gobierno bien; contra mí si me convierto en tirano.» Grocio, t. I, pág. 307, ed. de Pradier Foderé.

(2) *Traité du gouvernement civil*, Caps. XII y XIII.

(3) *Derecho público universal*, t. II, pág. 278.

Esta es nuestra conclusion. La revolucion recien aparece justificada, porque recien tambien el ciudadano y el hombre sufren la opresion irremediable dentro de las instituciones. La tiranía se ha entronizado y la espada de Trajano debe volverse contra él. Es necesario levantar los ojos al cielo, y con la fé profunda en su derecho, implorando el auxilio de Dios, buscar en la espada y en la sangre, el honor de la patria, el honor de la familia, su propio honor.

En nuestro sistema de gobierno, no hay otra resistencia, no hay otra revolucion posible, y ella es tambien la que invocaban los Estados Unidos al declarar su independencia (1), y era la que invocaba la Gran Bretaña en su Magna Carta. Lo que sale de estos límites es un error funesto y es un delito previsto y castigado por la ley en su forma tutelar y conservadora de todos los derechos, de todas las garantías constitucionales. La Nacion es una é indivisible, y los poderes del gobierno central y los poderes de los gobiernos seccionales perfectamente coordinados reconocen en su propio mecanismo los medios de llegar á una solucion tranquila, ó de evitar en lo futuro los males sufridos.

« Importa altamente á la paz, á la union y á la estabilidad de la nacionalidad argentina, se decía en 1872, y podemos repetirlo hoy, el cerrar el período de las revoluciones en toda la estension de su territorio, cimentando el principio de autoridad y el respeto á las libertades públicas. Esos grandes propósitos no se conseguirian si atentados semejantes á los que han

(1) Vease: WOOLSEY, *Political science*, t. I, pág. 416. Este autor estudia el derecho de resistencia ó de revolucion bajo todas sus faces, desde la pág. 402.

tenido lugar, hubieran de quedar triunfantes. La sedicion que es crímen que la ley condena, quedaría erijida en sistema de gobierno, y los partidos políticos acaso encontrarian mas fácil y espeditivo el recurso de la violencia y de las armas, que los medios pacíficos y constitucionales con que, en el órden regular de las sociedades, deben luchar unos y otros por la posesion de sus derechos y garantías. » (1)

Las revueltas contínuas debilitan el vínculo de la nacionalidad, quitando la cohesion necesaria entre las agrupaciones, y si tras sus movimientos inespertos puede entronizarse el despotismo, ante el enemigo estrangero puede desaparecer el Estado. Busquemos en el culto del derecho, en el ejercicio de los resortes constitucionales, en la honradez política, los medios de impedir el despotismo, y de conservar la nacionalidad; y guardemos nuestros esfuerzos para ese momento en que la misma muerte es preferible á la humillacion y á la deshonra. (2)

(1) Dictamen de la Comision de negocios constitucionales de la Cámara de Diputados de la Nacion, firmado por los Doctores RAWSON, COSTA, ELIZALDE, con motivo de una revolucion en Corrientes en 1872.

El Dr. RAWSON decía en la Convencion de Buenos Aires: « La opinion de que en la duda de si es constitucional la ley ó no, hay derecho en las autoridades provinciales para resistir, me parece tambien cuestion que encontramos muerta y sepultada, y espero que no resuscitará al tercer dia, ni en ninguna época, mientras exista la Constitucion Nacional, que es la gloria del presente y la esperanza del futuro.» *Debates*, t. II, pág. 196.

(2) Fuera de los autores que hemos citado en este Capítulo pueden consultarse: SAINT GIRONS, *Séparation des pouvoirs*, pág. 367. — TORRES CAICEDO, *Mis ideas y mis principios*, t. I, pág. 56. — THIERCELIN, *Principes du droit*, pág. 265. — STAHL, *Philosophie du droit*, trad. Chauffard, pág. 268. — REUS Y BAHAMONDE, pág. 297. — LIEBER, *Political Ethic*, t. II, pág. 139. — FIORE, *Droit international*, trad. Pradier Foderé, t. I, pág. 157. — BENJAMIN CONSTANT, *Politique constitutionelle*, t. I y II.

APÉNDICE

I

DEL DOMICILIO [1]

I

La casa de cada hombre, ha dicho Chattan, es su castillo. ¿Por qué? ¿Por qué se halla rodeada por un foso, ó defendida por una muralla? Puede bien ser una cabaña de paja, puede el viento silbar alrededor de ella, la lluvia entrar, pero el rey no. (2)

Estas hermosas palabras encierran el pensamiento que ha dominado desde las legislaciones mas antiguas.

Las leyes romanas concedieron grandes privilegios al hogar doméstico (3). En una de ellas leemos estas palabras: «*In eos, qui quempiam pulsassent domun alcenam aut vi introissent judicium daretur*»; y otra (4) dice: *Pleríque putaverunt nullum de domus sua in jus vocare licere, quia domus tutissimun cuique refugium atque receptaculum sit, cumque qui indi in jus vocaret, vim inferri videri.*

(1) Este estudio formó parte de la memoria que como Ministro presenté á la Lejislature de 1874, y lo reproducimos como complemento de lo estudiado en el testo.

(2) Lalouel. *Les Orateurs de la Grande Bretagne,* t. I, pág. 103.

(3) Ley cornelia de injuris.

(4) L. 18, tít. 4°, lib. 2°, D.

De modo que no solo se consideraba como acto punible el hecho de introducirse por fuerza en la casa de otro, sinó el de llamar (pulsare) á ella; y era tanto el respeto dispensado al domicilio, que el derecho concedido, en general, para conducir violentamente ante los magistrados á las personas que se negaban á comparecer, se hallaba restringido, no permitiendo sacarlas de su casa, porque el introducirse en ellas con este objeto, causaba fuerza castigada por la ley.

Una ley del Fuero Juzgo penó con el duplo el hecho de «entrar por fuerza la casa que podia ser ganada en juicio» (1); otra del Fuero Viejo de Castilla calificó «de quebrantamiento de casa la entrada en la de otro, cuando no fuese huyendo de pelea movida fuera de ella» (2); dos del Estilo (3) prescribieron la «concurrencia de vecinos hombres buenos del lugar, y escribano, cuando el alcalde entrase en alguna casa», y las penas del que «lanzase á otro por fuerza de la suya ó le encerrase en ella ó, en la de otro». Una de las Partidas (4) comprendió entre los casos de *fuerza,* el hecho de «entrar en casa ajena con violencia»; y otras recopiladas prohibieron la entrada en el domicilio de los particulares, fuera de los casos y con las formalidades determinadas.

En la legislacion patria desde los primeros pasos de la revolucion, la garantia del domicilio fué consagrada: «La casa de un ciudadano, se dijo, es un sagrado, cuya violacion es un crímen,» y se designó por quién y en qué forma podia allanarse (5); y lo mismo repitió el reglamento provisorio de 1817 en los párrafos 9° y 10 de su seccion 5ª (6). La Constitucion

(1) L. 7ª, tít. 8°, lib. 3°.
(2) L. 4ª, tít. 6°, lib. 1°.
(3) LL. 12 y 147.
(4) L. 16, tít. 9°, Part. 7ª.
(5) Decreto de 23 de Noviembre de 1811, art. 4°.
(6) Recopilacion de leyes, pág. 118.

de la República declara que el domicilio es inviolable y que solo puede ser allanado en los casos y con los justificativos que determine la ley (1); la de la provincia de 1854, lo declaró igualmente inviolable, pudiendo entrarse solamente en virtud de órden escrita de juez ó autoridad competente, la que fué determinada mas tarde (2); y el artículo 22 de la vigente, dice que el domicilio de una persona no podrá ser allanado sinó por órden escrita de juez ó de las autoridades municipales encargadas de vigilar la ejecucion de los reglamentos de salubridad pública.

Pero estas disposiciones no bastan para hacer eficaz la garantía que consagran y no turbar la accion de la justicia: el respeto debido al asilo de una familia, nunca pudiera convertirse en foco de proyectos criminales, albergando á sus autores ó contribuyendo á eludir las consecuencias del delito; pero tampoco puede dejarse á la voluntad del juez cuyas pasiones pueden hacer ilusorias todas las declaraciones consagradas, sin un castigo previsto para detener sus desmanes. Es necesario designar una sancion penal y fijar los casos en que el juez puede ordenar el allanamiento y las formalidades con que debe procederse.

Los autores y antiguas leyes señalan, en primer lugar, una inundacion, incendio ó peticion del interior mismo de la casa (3); en segundo, las casas abiertas al público, que deben ser accesibles para la policía de noche mismo (4); y en tercero, un objeto especial determinado por la ley ó la autoridad (5). El juez que ordena la visita debe especificar los objetos de ella,

(1) Artículo 18.
(2) Ley de 20 de Agosto de 1859.
(3) L. 9ª, tít. 21, lib. 3º, Nov. R.
(4) Autos 22, 47 y 80, tít. 6º, lib. 2º, R. C.
(5) Tejedor. *Curso de derecho criminal,* t. I, pág. 155.

no siendo exequible de lo contrario (1), y si hubiese resistencia ó pasase demasiado tiempo sin que nadie acuda, pueden franquearse las puertas (2), siendo entendido que la órden de arresto ó pesquiza dada por autoridad competente lleva consigo el allanamiento de la casa en que se halle la persona indicada ó la cosa pesquizada. (3)

Las legislaciones modernas dan una aplicacion mas ó menos estensa al principio de la inviolabilidad del domicilio, segun el sistema político de Gobierno que tienen adoptado; y las leyes inglesas, que como dice Blakstone, tienen una alta idea de la seguridad de un particular en su casa, á la que llaman su fortaleza y que jamás sufren se viole impunemente (4), han llegado últimamente hasta admitir el allanamiento con la simple autorizacion escrita del Gefe de Policia, y sin necesidad de especificar los objetos que la motivan, creyendo concurrir con esta medida y el sometimiento á la vigilancia de la policia, á impedir la aglomeracion en las grandes ciudades de una poblacion de criminales, aumentada por la supresion de la deportacion en las colonias y de la estension dada al sistema de la libertad provisoria. (5)

Pero la legislacion anterior no basta, y la de los otros pueblos solo podria ser aplicada como doctrina, y en uno y otro caso siempre seria la voluntad del Juez la que en definitiva vendria á resolver todas las cuestiones que nacen del principio consagrado. La nueva prescripcion de la constitucion necesita una reglamentacion clara y precisa, que garanta al particular

(1) Artículo 148 de la Constitucion de 1854.

(2) Auto 7, tít. 23, lib. 4°, R. C. cap. 26. Véase tambien las LL. 10 y 11, lib. 11, y 15, tít. 23, y 4° tít. 26, lib. 12, Nov. R.

(3) Ley de 20 de Agosto de 1859, art. 4°.

(4) *Commentaries on the law of England.*

(5) *An act for the more effectival prevention of crime*, 34 and 35 ví c. 112.

en el ejercicio de sus derechos, y que garanta igualmente á la autoridad en la aplicacion de las limitaciones que el interés de la justicia penal impone á esos derechos.

El proyecto que he redactado viene á llenar este vacío: en él se establecen los casos en que el domicilio puede ser allanado con ó sin órden del juez, el modo como debe procederse al allanamiento «guardando el mayor miramiento para con los moradores de la casa, respetando la modestia y el honor de su familia» (1); y en fin la sancion penal para el que, fuera de estos casos, violare el domicilio ó que encontrándose en ellos abusare de sus facultades en el cumplimiento de las órdenes recibidas ú obrando por autorizacion directa de la ley.

El domicilio es el reino de cada cual, ha dicho Pacheco: la legislacion que lo deje sin garantías es una legislacion bárbara ó de un pueblo degradado ó envilecido (2). ¿Puede decirse garantido con la simple aceptacion del principio? ¿Hasta dónde llega el derecho del particular y hasta dónde el de la justicia? La inculpacion no existe cuando la regla de conducta está librada á la voluntad del que ejecuta; y en este caso el principio desaparece cuando la voluntad del que lo interpreta puede recorrer libremente la escala de todas las interpretaciones racionales.

II

CAPÍTULO I

DEL DOMICILIO

Artículo 1°. —El domicilio es inviolable: nadie puede entrar ni permanecer en habitacion ajena sin consentimiento de su dueño.

(1) Código del Brasil, artículo 213.
(2) *El Código Penal concordado y comentado*, t. III, pág. 261.

Art. 2º.—No será necesario el consentimiento del dueño de la habitacion, y la autoridad pública podrá allanarla:

1º Cuando ocurriese incendio, inundacion ó por cualquiera otra causa ha habido asfixia en sus habitantes;

2º Cuando se denuncie por uno ó mas testigos haber visto personas que han asaltado una habitacion introduciéndose en ella por medios irregulares, con indicios manifiestos de ir á cometer algun delito;

3º Cuando se introduzca en la casa un reo de delito grave á quien se persiga para su aprehension;

4º Cuando se oigan voces dentro de la casa que anuncien estarse cometiendo algun delito, como robo, asesinato ó violacion, ó estar por otra causa, alguna persona en riesgo inminente de perder la vida.

Art. 3º.—En los casos de los incisos 3º y 4º del artículo anterior, puede cualquier individuo entrar á la casa en que tengan lugar los hechos, con el objeto de dar auxilio á sus habitantes, aun cuando no hayan sido autorizados por estos ó por la autoridad competente.

Art. 4º.—Puede tambien allanarse el domicilio:

1º Cuando un marido, padre, madre, abuelo, hermano, tio, tutor, curador ú otro individuo que tenga una persona bajo su inmediata inspeccion, pida la estraccion de esta de la casa en que se la haya puesto, habiendo sido robada ó seducida;

2º Cuando se sepa que en la casa hay fábrica de moneda falsa ó algunos otros objetos que hayan servido para cometer el delito;

3º Cuando se sepa que existen en la casa efectos robados ú ocultados fraudulentamente, ú ocultados el autor ó cómplice del delito que se persigue;

4º Cuando se está cometiendo alguna falta contra las leyes y disposiciones de policia, y cuya continuacion cause ó amenace causar algun perjuicio al público

5° Cuando deba hacerse el exámen de los papeles ó correspondencia privada de alguna persona que se halle dentro de la casa;

6° Cuando fuere necesario ocupar la casa para contener un incendio, inundacion ú otro accidente que amenace causar grave daño, no siendo el caso previsto en el inciso 1° del artículo 2°;

7° En todo caso en que fuera necesario para cumplir un mandato judicial;

8° Cuando fuera necesario vigilar la ejecucion de los reglamentos de salubridad pública.

CAPÍTULO II

DEL MODO DE PROCEDER PARA EL ALLANAMIENTO DEL DOMICILIO

Art. 5°.—El domicilio puede ser allanado por órden de Juez, por las autoridades municipales, ó sin órden alguna en los casos urgentes indicados en el artículo 2°.

La órden puede ser requerida por la autoridad policial ó por los particulares.

Art. 6°.—Cuando la órden es solicitada por los particulares, el Juez solo podrá espedirla por hecho punible, apoyado en juramento ó afirmacion estendida por escrito y firmada por el que la solicita si supiere hacerlo.

La órden deberá especificar claramente el lugar que debe ser allanado y el objeto que la motiva.

Art. 7°.—Si el querellante produce prueba en apoyo de su pretension, deberá recibirse por el juez, limitándola al objeto que pretende probar, y con su resultado espedir ó no la órden.

Art. 8°.—Si la órden es requerida por la autoridad policial, bastará una nota oficial en que la solicite dando cuenta detallada

de los hechos que lo motivan, con todas las designaciones posibles.

Art. 9°. El empleado encargado de la ejecucion puede romper por la fuerza toda puerta esterior ó interior ó ventana de una casa ó cualquier cosa que haya en ella, si se le rehusa abrirla ó darle entrada, despues de haber dado conocimiento de su autoridad y del fin que se propone.

Art. 10.—Puede tambien romper y abrir por la fuerza cualquier puerta ó ventana esterior ó interior de una casa, con el objeto de libertar la persona, que habiendo entrado para auxiliarla en la ejecucion del mandamiento, ha sido detenida en ella, ó cuando sea necesario para librarse á sí mismo.

Art. 11.—La órden de allanamiento debe ser ejecutada y devuelta al juez que la espidió, dentro de cinco dias si el allanamiento ó registro debe tener lugar en un radio de cinco leguas de la residencia de dicho juez, y medio mas por cada cinco leguas fuera de ese rádio.

Si la órden no se ejecuta dentro del tiempo mencionado respectivamente, queda por el mismo hecho sin valor ni efecto.

Art. 12.—Cuando el allanamiento y registro tenga por fin buscar un objeto cualquiera, el encargado de la ejecucion debe dar recibo especificando lo que toma y la persona de quien lo toma ó en cuyo poder se ha encontrado.

En el caso que no haya en la casa persona alguna á quien dar el recibo, lo dejará en el lugar en donde se encontró la cosa ú objeto.

Art. 13.—En el caso del artículo anterior al devolver al juez la órden cumplida, entregará un inventario escrito de los objetos tomados, hecho públicamente ó en presencia de la persona del poder de quien fueron tomados y del solicitante de la órden, si estuvieran presentes.

Art. 14.—En los demas casos deberá siempre darse cuenta minuciosa del cumplimiento de la órden en los términos del artículo 11.

Si no hubiera mediado órden, y en los casos del artículo 2º, debe darse aviso por escrito y dentro de veinte y cuatro horas á la autoridad policial.

Art. 15. —Por regla general, todo allanamiento y registro de una casa, deberá hacerse despues de las cinco de la mañana y antes de las nueve de la noche.

Podrá hacerse fuera de las horas espresadas cuando la urgencia del caso lo requiera, á causa de que no verificándose inmediatamente, no se logrará el objeto legal que haya hecho necesario el allanamiento.

Art. 16. — Cuando el allanamiento tenga por objeto la aprehension de personas que no sean reos de delitos graves ó no haya sido solicitado del interior de la casa, podrá suspenderse hasta una hora competente, impidiendo la fuga de las personas ó la sustraccion de los efectos.

Art. 17. —La órden escrita no será necesaria cuando el allanamiento ó registro se practique por las mismas autoridades municipales encargadas de vigilar la ejecucion de los reglamentos de salubridad pública.

CAPITULO III

DISPOSICIONES PENALES

Art. 18. — El que entre en casa ajena contra la voluntad de su dueño, sufrirá un arresto de tres meses y multa de trescientos á tres mil pesos moneda corriente.

Si el allanamiento se verifica con violencia ó intimidacion, la pena será de un año de prision y multa de dos mil á diez mil pesos moneda corriente.

Art. 19. —La disposicion del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena en los casos previstos en el artículo 2º.

Art. 20.—Lo dispuesto en el primer inciso del artículo 18, no tiene aplicacion á los cafées, tabernas, posadas y demás casas públicas.

Art. 21.—La persona que maliciosamente y sin causa probable procura que se espida y ejecute una órden de allanamiento y registro, incurrirá en un mes de arresto y multa de dos mil pesos moneda corriente.

Art. 22.—El empleado encargado de la ejecucion de una órden de allanamiento y registro, que voluntariamente esceda los límites de su autoridad ó la ejerza con una severidad innecesaria, será castigado con una multa de dos mil á cinco mil pesos moneda corriente.

Art. 23.—Comuníquese, etc. (1)

(1) Véase como fuente de este proyecto: *Código de policía de Cundinamarca.* — *The code of criminal procedure of New York.* — TEJEDOR, *Proyecto de Código Penal.* — *Código Penal Español.* — *Código Penal del Brasil.* — *Proyectos de la ley sobre el establecimiento del juicio por jurados, por los Sres.* GONZALEZ y PLAZA. — CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code penal.* — BLAKSTONE, *Commentaries.* — STEPHEN'S, *Commentaries.*

II

DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR [1]

I

La correspondencia epistolar es inviolable.

El que la viole se hace reo de delito punible por ley, la cual determinará en qué casos y con qué justificaciones podrá procederse á ocuparla por mandato del Juez. (2)

Esta prescripcion con que la Constitucion ha querido garantir la correspondencia epistolar, no es nueva: las leyes españolas la establecieron, reconociendo, como dice una, que la correspondencia es el instrumento con que las gentes se comunican y no conviene dar lugar ni permitir escesos semejantes, pues, además de lo sobredicho, es opresion, violencia ó inurbanidad, que no se permite entre gente que vive en cristiana política (3); el artículo 158 de la Constitucion de 1854, lo consignó en sus disposiciones; y el artículo 18 de la Constitucion Nacional lo consagra igualmente.

Sin embargo, á pesar de todas estas disposiciones, ninguna ley que las reglamente ha sido dictada; que señale los casos en que el interés público justifica la violacion de la correspondencia, las formalidades con que debe procederse y la sancion

(1) Esto estudio corresponde á la Memoria antes citada.

(2) Artículo 21 de la Constitucion.

(3) LL. 7ª y 8ª, tít. 16, lib. 3º, R. de Indias y 6ª arts. 9º á 12, 13 y 15, tít. 13, lib. 3º, Nov. R.

penal que garanta el castigo, no obstante que bajo este último punto las leyes nacionales han establecido algunas prescripciones que se refieren á la correspondencia pública. (1)

¿En qué casos puede el Juez ordenar la ocupacion de la correspondencia? Las limitaciones á los derechos individuales no tienen otro fundamento que el interés de la sociedad: donde este se encuentra afectado aquellos tienen que ceder; y no hay duda que la represion de los crímenes, condicion de su existencia, se encuentra, arriba de la inviolabilidad de la correspondencia. » ¿Una carta no puede descubrir un crímen? ¿No puede constituir como en los casos de falsedad, el cuerpo mismo del delito? Seria estraño que las cartas estuviesen al abrigo de las investigaciones judiciales, cuando no lo está el domicilio de los ciudadanos, mas sagrado todavía. » (2)

Es la justicia social, pues, la que hace necesaria la ocupacion de la correspondencia, y esto solo tratándose de la averiguacion ó comprobacion de un crímen ó delito, en que el interés de la sociedad para su castigo no puede ser puesto en duda. Los magistrados, sin embargo, deben usar con mucha reserva de este derecho, porque la publicacion de la correspondencia puede comprometer los intereses y el honor de una familia. (3)

La correspondencia por la posta reemplaza la conversacion íntima, dice un escritor francés, y debe por consecuencia, en general, permanecer secreta para todos, como la conversacion que es destinada á reemplazar: la posibilidad de una violacion del secreto, bastaria para quitar toda confianza y hacer imposible las comunicaciones que todo el mundo reconoce constituir una necesidad social. (4)

(1) Ley de 26 de Agosto de 1863.
(2) CHAUVEAU et HÉLIE, *Théorie du code penal*, t. III, pág. 35.
(3) TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, t. I, pág. 158.
(4) TREBUTIEN, *Cours de droit criminel*, t. II, pág. 248.

Sin embargo, en estos mismos casos ¿se estiende la ocupacion á toda correspondencia que sea necesaria para el objeto que la motiva? ¿Debe ocuparse la correspondencia dirigida por el acusado, por los terceros á este, ó por estos á otros que el acusado ó detenido?

El derecho de la justicia para ocupar la correspondencia privada, es un derecho de escepcion que debe ser limitado en su ejercicio, á fin de no hacer ilusorio el principio de la inviolabilidad del secreto; y creemos con la generalidad de los criminalistas, que solo puede ser ocupada la dirigida por el acusado ó detenido á terceros, ó por estos al acusado ó detenido.

« Cuando las cartas, dice Edgar Hepp, han sido remitidas al detenido ó á los terceros con los que está él en relacion, no tendriamos dificultades en atribuir al Juez el derecho de ocuparlas y servirse de ellas para esclarecer la instruccion. Pero este derecho no debe ejercerse sinó con la mayor reserva, pues semejantes investigaciones pueden hacer descubrir fácilmente secretos domésticos, de que tanto los tribunales como los particulares deben apartar la vista... »

Si las cartas ocupadas en el domicilio del acusado no deben ser consultadas sinó con precaucion, cuando se trata de servirse de ellas para establecer su culpabilidad, con mayor razon el Juez debe excitar al buscar en ellas elementos de acriminacion contra terceros. Mirabeau no queria (*Moniteur* del 25 de Octubre de 1791) «que las mas secretas comunicaciones del alma, las conjeturas mas atrevidas del espíritu, las emociones de una cólera frecuentemente mal fundada, los secretos frecuentemente conocidos un momento despues, pudiesen ser transformados en deposiciones contra terceros.» Aunque la correspondencia tomada tendiera á inculpar directa y positivamente un tercero, es menester no darle fé, sinó con la mas grande precaucion.

Hay en la historia de los procesos célebres dos ejemplos

instructivos en apoyo de lo que acabamos de decir. Cuando se instruia el proceso del General Mallet que habia tentado en 1812 derrocar el gobierno imperial, se encontró en su casa una lista de funcionarios designados para el nuevo gobierno y se demostró que estas personas eran completamente estrañas al complot.

En 1832 á consecuencia de la tentativa de los vadeanos sobre el fuerte de Blaye, se tomaron los documentos comprobantes del proyecto de organizacion militar que habian arreglado y se probó que gran número de los oficiales que estaban alli indicados, no habian entrado en el movimiento y que se habian servido de sus nombres para establecer el plan de la conspiracion». (1)

En Inglaterra, sin embargo, el secreto de la correspondencia no ha sido respetado como la libertad individual. Hasta 1844 una órden del Ministerio del Interior ha bastado para abrirla, siendo aplicable en general á todas las cartas dirijidas á una persona designada en el *Warrant ;* y desde 1844 muchas veces ha sido reconocido que la órden de abrir debia ser especial á una carta determinada ; pero estos límites no son siempre observados y por ilegales que sean no son severamente juzgados por los partidos. (2)

(1) *De la correspondance privée, postale ou télégraphique*, pág. 37. — Véase : Chauveau et Hélie, obra cit., t. III, pág. 36.— Faustin Hélie, *Instruction criminelle*, t. V, págs. 510 y siguientes. — Dalloz, verb. *postes*, nº 137 ; verb. *lettres-missives*, nº 31. — Foucart, *Droit public et administratif*, t. II, pág. 584. — Batbie, *Droit public et administratif*, t. II, pág. 396. — Pradier Fodéré, *Droit administratif*, pág. 345. — Morin, *Répertoire*, verb. *abus d'autorité*.

Trébutien en su *Curso de derecho criminal*, t. II, pág. 248, solo permite la ocupacion de las cartas dirijidas, al acusado ó detenido. «En cuanto á las cartas, dice, dirigidas por el prevenido á los terceros, como no se puede saber, sin romper el sello, si las cartas emanan del detenido, y con mayor razon, en cuanto á las cartas escritas por terceros á otros que el detenido, pensaremos que deben quedar absolutamente inviolables y que bajo ningun pretesto debe romperse el sobre.»

(2) Fischel, *La Constitution d'Angleterre*, t. I, pág. 171. — Erskine May, *Histoire constitutionelle de l'Angleterre*, t. II, pág. 341.

En Francia, el fraude y la violencia en los negocios civiles, han determinado muchas veces al jury á ordenar medidas susceptibles de penetrar hasta en la correspondencia privada, fuese ella confidencial; y ha sido resuelto, que la presentacion ante la justicia civil puede ser ordenada cuando aquel que la solicita alega que contienen la prueba de una espoliacion consumada en su perjuicio por el autor y en favor de un coheredero,....sobre todo cuando estos documentos han sido presentados en otro juicio; y que cuando han sido presentadas las cartas en un primer juicio, las partes, aún cuando no les hayan sido dirijidas, pueden pedir la presentacion por la vía compulsoria.

Sin embargo, creemos con Dalloz, que tales resoluciones se apartan completamente de los principios. (1)

Así, el proyecto que formulamós á fin de efectuar la reglamentacion del artículo constitucional, acepta estas ideas y establece la manera como se han de hacer efectivas. En materia en que la legislacion y la jurisprudencia sufren tantas variaciones, no es fácil acertar en la solucion de las cuestiones que la aplicacion de los principios reconocidos suscitan en todo momento; pero pensamos que si esto no es posible, por lo menos habremos buscado apoyarnos siempre en la opinion de autores respetables y seguido la doctrina que mas se conforma con nuestras costumbres, y mas se concilia con las garantías que forman una de nuestras mas preciosas conquistas.

(1) *Répertoire*, verb. *lettres-missives*, nº 20.

II

CAPITULO I

DE LA OCUPACION DE LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR

Artículo 1°.—La correspondencia epistolar es inviolable y nadie podrá proceder á su ocupacion fuera de los casos que se determinan en adelante, sin hacerse reo de un delito punible.

Art. 2°.—La correspondencia epistolar solo podrá ocuparse por mandato escrito de juez ó tribunal competente.

Art. 3°.—Podrá el juez ó tribunal ordenar la ocupacion de la correspondencia epistolar:

1° Cuando tratándose de la averiguacion de un crímen ó delito, y siendo necesaria para el proceso, la correspondencia fuera dirijida por el acusado ó preso ó por un tercero á este;

2° En los casos de quiebra ó insolvencia, desde que se haya solicitado la declaracion de quiebra ó insolvencia.

Art. 4°.—La órden para ocupar la correspondencia puede ser general ó especial:

Será general en los casos del artículo anterior.

Será especial aun en estos mismos casos, siempre que se refiera á correspondencia dirijida al acusado ó por el acusado en nombre supuesto ú otro signo cualquiera.

Art. 5°.—La órden especial deberá contener todos los detalles necesarios que den á conocer la carta á que se refiere, manifestando la causa que la motiva, y firmada por el juez ó tribunal que la espide con la designacion de su empleo al pié.

Art. 6°.—La ejecucion de la órden tendrá lugar tanto en los establecimientos públicos destinados á la direccion de la correspondencia, como en las casas particulares.

Si la casa particular no fuera la del acusado ó procesado, y el propietario poseedor de la correspondencia se resistiera á su

entrega ó á la investigacion, la órden llevará consigo la autorizacion necesaria para el allanamiento.

Art. 7°. — La correspondencia privada que no tuviera relacion con el crímen ó delito cuya comprobacion se busca, será devuelta en todo caso, á aquel, á quien su direccion lo manifiesta dueño.

Lo demás será agregado al proceso, del cual hará parte sustancial.

Art. 8°. — En los casos á que se refiere el inciso 3° del artículo 3°, la apertura se hará por el síndico del concurso y á presencia del actuario y del concursado, siempre que pudiera ser habido, levantando el acta correspondiente, la que será agregada al proceso.

Art. 9°. — El que con malicia estrajera carta, ó la abriere, ó la mandare estraer ó abrir, sin estar autorizado para ello por aquel á quien es dirijida ó por el que la dirije, sufrirá arresto de tres meses y multa de quinientos á dos mil pesos.

No incurrirán en pena alguna los que estraigan ó abran cartas dirijidas al que tenga bajo su patria potestad, tutela, cargo ó direccion inmediata, ó á su mujer propia durante el matrimonio.

Art. 10. — En cualquier caso que se descubra ó haga público el contenido de carta ó pliego é ilegítimamente hubiese sido abierto ó estraido, se impondrá la pena de uno á tres años de prision.

Art. 11. — Si la supresion ó apertura de una carta tuviera por objeto la perpetracion de un crímen ó delito, por el hecho de su apertura ó supresion, el delincuente será castigado solamente con el máximun de la pena correspondiente ó este crímen ó delito.

III

DE LOS DERECHOS DE REUNION Y ASOCIACION

I

Queda asegurado á todos los habitantes de la provincia, dice el artículo 12 de la Constitucion, el derecho de reunion pacífica para tratar asuntos públicos ó privados, con tal que no turben el órden público; y todos los habitantes de la nacion, segun el artículo 14 de la Constitucion Nacional, gozan de los siguientes derechos, conforme á las leyes que reglamentan su ejercicio, á saber... de asociarse con fines útiles.

¿Cuándo la reunion será pacífica? ¿Cuándo se entenderá turbado el órden público? ¿Cuándo será la asociacion con fines útiles? Hé aquí lo que la ley está encargada de espresar.

Los derechos de reunion y de asociacion se relacionan con el carácter de sociabilidad que es de la esencia de la naturaleza humana. Aislado, el hombre es impotente, dice Chauveau, su debilidad se revela á cada paso: asociado su poder no tiene límites. (1)

Inútil seria discutir los beneficios producidos, tanto en el órden moral como material, por el concurso de las fuerzas individuales: la esperiencia ha probado que en todos los brazos de la actividad social, la asociacion duplica su poder. Sin embargo, en todo tiempo graves controversias han suscitado los derechos de reunion y de asociacion.

(1) Chauveau et Hélie. *Théorie du Code pénal*, t. III, pág. 350.

Sin el derecho de reunion, decia Garnier-Pagés discutiendo la ley de órden público de 1868, es imposible ver, conocer, apreciar y obrar. Una sociedad sin el derecho de reunion seria la inmoralidad, la inaccion; una sociedad con el derecho de reunion es el movimiento, es la vida, es el progreso; y á esta teoria contestaba Pinard, Ministro entónces del Interior: «El fondo de las cosas es que este derecho de reunion es un derecho relativo, un derecho contingente, un derecho civil, un derecho que depende del temperamento, de las costumbres, del carácter de los pueblos, y no un derecho natural imprescriptible é inviolable... La propiedad, la familia, la nacion, la religion, he ahí las instituciones perpétuas á las cuales resuelve esa necesidad innata de sociabilidad, he ahí el derecho natural.

«Pero cuando esa necesidad de sociabilidad se ha traducido bajo formas permanentes y esenciales, es entonces que se forman las asociaciones temporales y bien pronto las reuniones accidentales que no son mas de derecho natural, sinó de derecho relativo, civil, contingente, sufriendo según sus climas, las costumbres y los temperamentos de los pueblos, ya el sistema de la autorizacion prévia, ya el sistema de la declaracion. Si, es menester que la ley civil les haga un régimen relativo segun las costumbres, los caractéres, la civilizacion de los pueblos. Sin esto habria una propiedad en la propiedad, una familia en la familia, un Estado en el Estado.» (1)

Sin embargo, sea cual fuere la naturaleza de los derechos de reunion y de asociacion, la verdad es que en abstracto no tiene importancia alguna, desde que los defensores de una y otra teoría reconocen la necesidad de una reglamentacion de estos derechos por la legislacion positiva, y la Constitucion misma asi lo establece.

(1) Véase Dubois, *Commentaire théorique et pratique de la loi du 6 juin 1868.*

En una sociedad regularmente organizada, decia Peyrusse, todo derecho, toda facultad natural, están sometidas á las limitaciones y restricciones que el interés público lo exige. La independencia absoluta no es la libertad del hombre civilizado. Por el pacto social, segun la bella espresion de Portalis cada uno de nosotros se ha obligado á ceder toda porcion de libertad cuyo sacrificio es necesario para el bien de todos: es al legislador á quien pertenece, segun las circunstancias, el reglamentar la medida de su sacrificio.

Hay, pues, un derecho garantido, con arreglo á las leyes que reglamenten su ejercicio: el de reunion que es el concurso accidental de un número cualquiera de personas con un fin de enseñanza, de discusion, de piedad ó de placer, el de asociacion que es un concierto ó contrato con ciertos individuos que se encuentran ligados en conjuntos de una manera permanente, para llevar á cabo una operacion convenida (1). ¿Cuál es el límite de este derecho? ¿á qué reglas debe sujetarse su ejercicio?

El derecho de reunion, entre nosotros, ha sido llevado á estremos peligrosos, sobre todo en materias políticas: de dia y á todas horas de la noche han tenido lugar reuniones que han alarmado la poblacion pacífica y llegado hasta hacer temer por la tranquilidad pública; y asociaciones ocultas se han formado á su sombra, sin que la autoridad, por falta de una ley espresa, haya podido alcanzar sus fines; pero tal ejemplo, que puede ser funesto para nuestras instituciones mismas, debe hacernos pensar en la necesidad de la reglamentacion autorizada por la Constitucion.

Si bien en materia de reuniones públicas, como en toda otra materia, el deber del legislador es el conciliar los derechos de iniciativa individual con las garantías que exige el interés de

(1) Morin, *Répertoire du droit criminel*, verb. *associations* et *réunions*.

todos, dictar disposiciones que limiten el derecho sin suprimirlo, y permitan producir el bien que puede engendrar, y preveer eficazmente los peligros que podria hacer correr á la tranquilidad pública (1), no es menos cierto que su abandono ó negligencia puede llevarnos á la desmoralizacion mas completa. Los derechos de reunion y asociacion son esenciales para la vida democrática, pero sus peligros son tambien inminentes para el órden público, sobre todo cuando falta el respeto á la ley, y á la autoridad que es su legítimo representante.

Hemos, pues, formulado un proyecto reglamentario, que se limita en la parte que se refiere al derecho de reunion, á medidas de policia; y el aviso á la autoridad solo tiene por objeto el que, sabiendo esta reunion, pueda ejercer la vigilancia necesaria, no para tomar intervencion en lo que la motiva, sinó á fin de evitar que el órden público sea alterado en cuanto la reunion se realiza al aire libre ó sale del punto en que ha tenido lugar. Un disturbio cualquiera puede detenerse en el primer momento y mas fácilmente de dia; cuando ha tomado creces, los espíritus se encuentran agitados y se amparan en la oscuridad de la noche, si no es imposible hacerlo, es dificil al menos conseguirlo sin violencia.

No sabemos si al conciliar con el órden público, un derecho que creemos necesario se ejercite, hemos establecido alguna prescripcion que pueda debilitarlo ó restringirlo mas de los límites indispensables; pero si esto fuere asi, si nuestro deseo de buscar remedio á males que creemos funestos, dadas nuestras costumbres y nuestra educacion política, nos hubiera conducido al error, V. H. estudiando todo con la esperiencia y la calma del legislador, sabrá corregirlo.

(1) Dubois, loc. cit.

II

CAPÍTULO I

DE LOS MEETING Ó REUNIONES PÚBLICAS (1)

Artículo 1°. — Todo habitante de la provincia tiene el derecho de reunirse pública y pacíficamente para tratar asuntos públicos ó privados.

Art. 2°. — La reunion puede hacerse al aire libre en las calles ó plazas públicas, ó en cualquier otro lugar cerrado.

Art. 3°. — Ninguna reunion podrá tener lugar, sea cual fuere el asunto que la motive, sin dar aviso, con veinte y cuatro horas de anticipacion, al Departamento de Policia respectivo.

Art. 4°. — El aviso á que se refiere el artículo anterior, deberá darse por escrito y por los directores ó agitadores de la reunion y contendrá:

1° Designacion del dia y hora;

2° El lugar en que debe efectuarse;

3° El objeto que la motiva;

4° Si se disolverá ó no en el punto en que tendrá lugar, ó si recorrerá y en qué forma las calles, designando cual será su itinerario.

Art. 5°. — Serán horas hábiles para toda reunion pública, al aire libre, desde que sale hasta que se pone el sol.

Art. 6°. — Cuando hubiese mas de una reunion pública, que tuviera por objeto la manifestacion de ideas ó intereses encontrados, estas no podrán efectuarse en el mismo lugar, ni recorrer las mismas calles.

Art. 7°. — Si á pesar de observar lo dispuesto en el artículo

(1) Con las disposiciones de este Proyecto, el Poder Ejecutivo dictó el decreto de 19 de Agosto de 1878. *Registro Oficial*, pág. 76, 2ª parte.

anterior, se temiere pudiera ser alterada la tranquilidad pública, podrá ordenarse la suspension de una, dos ó mas en el dia que se ha indicado para ello.

Art. 8°. — En ninguna reunion podrán darse gritos de *mueras* contra determinadas personas ó asociaciones ó autoridades, ni vertirse palabras denigrantes ó inmorales.

Art. 9°. — No se considerarán reuniones ó manifestaciones pacíficas:

1° Las que se celebraren con infraccion de las disposiciones de policía establecidas con carácter general ó permanente, en el lugar en que la reunion ó manifestacion tenga efecto;

2° Las reuniones ó manifestaciones al aire libre, que se celebrasen de noche;

3° Las reuniones ó manifestaciones á que concurriese un número considerable de ciudadanos armados, sea cual fuere la clase de armas que llevasen;

4° Las reuniones ó manifestaciones que se celebraren con el fin de cometer algun delito; ó las en que estando celebrándose, se cometiere alguno de los delitos á que se refiere la ley de...

5° Las reuniones ó manifestaciones que se hicieren en contravencion de lo dispuesto en los artículos anteriores;

6° Las reuniones ó manifestaciones al aire libre, á los alrededores del lugar donde ejercen sus funciones los altos poderes de la provincia.

Art. 10. — Los promovedores y directores de cualquiera manifestacion comprendida en algunos de los casos del artículo anterior, incurrirán en la pena de tres meses de arresto y multa de mil á diez mil pesos.

Art. 11. — Si la reunion ó manifestacion no llegare á realizarse, la pena personal será de un mes de arresto y multa de quinientos á cinco mil pesos.

Art. 12. — Para la observancia de lo dispuesto en los artículos anteriores, se reputarán como directores de la reunion ó

manifestacion, los que por los discursos que en ellas pronunciaren, por los impresos que hubieren publicado ó hubieren en ellas repartido, ó por los lemas ó banderas que se ostentaren, ó por cualquiera otra demostracion, aparecen como inspiradores de los actos de aquellas.

Art. 13. — Los meros asistentes á las reuniones ó manifestaciones á que se refiere el artículo 9°, sufrirán un mes de arresto y multa de doscientos á dos mil pesos.

Art. 14. — Incurrirán respectivamente en las penas inmediatamente superiores, los promovedores, directores y asistentes á cualquiera reunion ó manifestacion, si no la disolvieran á la segunda intimidacion de la autoridad ó sus agentes.

Art. 15. — Los que concurrieren á reuniones ó manifestaciones llevando armas, sufrirán una prision de un año.

Art. 16. — Los asistentes á reuniones ó manifestaciones, que durante su celebracion cometiesen algun delito previsto y castigado, incurrirán en la pena correspondiente al delito que cometan, pudiendo ser aprehendidos en el acto por la autoridad ó sus agentes, ó en su defecto por cualquiera de los demás asistentes.

CAPITULO II

DE LAS ASOCIACIONES ILÍCITAS

Art. 17. — Toda asociacion formada con el objeto de atentar contra el órden social, contra las buenas costumbres, contra las personas ó las propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.

Art. 18. — Si la asociacion ha tenido por objeto la perpetracion de crímenes, los gefes, los que hubiesen ejercido mando en ella y sus provocadores, sufrirán la pena de tres á veinte años de prision.

Cuando la asociacion ha tenido por objeto la perpetracion de

simples delitos, la pena será prision de uno á seis años para los individuos comprendidos en el inciso anterior.

Art. 19.—Cualesquiera otros individuos que hubiesen tomado parte en la asociacion y los que á sabiendas y voluntariamente les hubieren suministrado caballerías, armas, municiones, instrumentos para cometer crímenes ó simples delitos, alojamiento, escondite ó lugar de reunion, serán castigados en el primer caso previsto por el artículo precedente, con prision de uno á tres años, y en el segundo con prision de seis meses á un año.

Art. 20.— Quedarán escentos de las penas señaladas en este capítulo, aquellos de los culpables que antes de ejecutarse alguno de los crímenes ó delitos que constituyan el objeto de la asociacion y antes de ser perseguidos, hubiesen revelado á la autoridad la existencia de dichas asociaciones, sus planes y propósitos.

Podrán, sin embargo, ser puestos bajo la vigilancia de la autoridad.

IV

PROYECTO SOBRE ESPROPIACION [1]

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°. — Se entiende por espropiacion la trasmision forzosa por causa de utilidad pública y prévia indemnizacion de la propiedad particular, en favor del Estado, de los municipios ó de concesionarios de obras públicas.

Art. 2°. — Toda trasmision forzosa de un derecho, que no importe la trasmision total ó parcial de la propiedad, dará lugar á una indemnizacion, pero no operará la espropiacion.

Art. 3°. — Ninguna accion de tercero podrá impedir la espropiacion y sus efectos.

Los derechos del reclamante serán transferidos de la cosa á su precio, quedando libre de todo gravámen la propiedad que se ha de espropiar.

Art. 4°. — Las cuestiones entre particulares, á que dé lugar la espropiacion, serán decididas por los jueces competentes, con arreglo á las prescripciones del derecho comun.

Art. 5°. — Si la cosa por espropiar estuviese en litigio y hubiese disconformidad entre los que se reputan con derecho á

(1) Este proyecto formaba parte de la memoria citada. La Provincia de Buenos Aires carece hasta hoy de una ley de espropiacion.

ella, sobre la manera ó precio de su espropiacion, se estará, al respecto, á la decision del Jurado.

Art. 6°. — Siempre que se suscitase cuestion entre los condueños ó que tengan derecho á la cantidad ó cosa acordada por la espropiacion, el Juez competente, á peticion de parte, ordenará su depósito hasta que la cuestion se resuelva segun derecho.

Art. 7°. — Si los dueños de los bienes que hayan de espropiarse, fueran incapaces, de incapacidad absoluta ó relativa, el juicio de espropiacion se entenderá con sus representantes, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil.

Art. 8°. — Los concesionarios de las obras de utilidad pública, para cuyo ejecucion se sancione la espropiacion, se sustituyen al Estado en los derechos y en las obligaciones que crea la presente ley.

Art. 9°. — Las rentas y contribuciones correspondientes á los bienes que se enajenasen forzosamente para obras de utilidad pública, se admitirán durante un año, subsiguiente á la fecha de la enajenacion, en prueba de la actitud legal del espropiado, para el ejercicio de los derechos que pueden corresponderle.

Art. 10. — Todas las notificaciones y deligencias que sean necesarias efectuar en cumplimiento de las disposiciones de esta ley, se harán por medio de escribano, ó por cualquier otro empleado de los que en su defecto pueden hacer judicialmente tales actos.

Art. 11. — Las disposiciones de la presente ley son aplicables á todos los casos en que, por causa de utilidad pública, sea necesario imponer la privacion de la propiedad privada.

CAPÍTULO II

DE LOS BIENES SUJETOS Á ESPROPIACION, Y DE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE ESTA TENGA LUGAR

Art. 12. — Están sujetos á espropiacion todos los bienes cuya ocupacion sea requerida en utilidad directa de la provincia ó de sus municipios.

Art. 13. — En la espropiacion de un bien inmueble, por su naturaleza ó por su adhesion, se comprenderán todas sus dependencias directas é inmediatas, de acuerdo con los principios establecidos en el Código Civil.

Art. 14. — Para que pueda tener lugar la espropiacion, se requiere:

1° Declaracion solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública, y permiso competente para ejecutarla;

2° Declaracion de que es indispensable que se ceda ó se enajene, el todo ó parte de un bien, para ejecutar la obra de utilidad pública;

3° Justo precio de lo que haya de cederse ó enajenarse;

4° Pago prévio del precio de la indemnizacion.

Art. 15. — Nadie podrá ser privado de su propiedad, sin haberse llenado los requisitos establecidos en el artículo precedente.

Art. 16. — Cualquier acto perturbador de la propiedad, fuera de esos requisitos, constituirá un despojo, aunque tenga por objeto una obra de utilidad pública.

Art. 17. — Sin embargo, cuando la urgencia de la espropiacion tenga un carácter de necesidad, de tal manera imperiosa, que sea imposible ninguna forma de procedimiento, la autoridad pública puede disponer inmediatamente de la propiedad privada, bajo su responsabilidad.

CAPÍTULO III

DE LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA LA ESPROPIACION

SECCION I

Declaraciones de utilidad pública

Art. 18. — La declaracion de utilidad pública, en el caso de espropiacion, debe ser hecha por el poder legislativo.

Esta declaracion podrá ser general para cierta clase de obras, ó especial en cada caso.

Art. 19. — Se entiende por obra de utilidad pública, la que tiene por objeto directo proporcionar al Estado en general, ó á uno ó mas municipios, cualesquiera usos ó disfrutes de beneficio comun, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado ó de sus municipios, bien por compañías ó empresas competentes autorizadas.

Art. 20. — La designacion de fondos especiales para la ejecucion de una obra cualquiera no basta para autorizar la espropiacion: la declaracion debe ser espresa.

Art. 21. — El acto de declarar la utilidad pública de un trabajo, autoriza implícitamente todas las espropiaciones necesarias para la completa ejecucion de ese trabajo.

Art. 22. — Si completamente realizada la empresa primitiva, se quisieran hacer mejoras ulteriores, será ó no necesaria una nueva autorizacion: lo primero es la obra que debe ejecutarse, es una obra nueva; lo segundo, si los trabajos nuevamente emprendidos son la continuacion y el complemento del primer trabajo autorizado.

Art. 23. — La declaracion de utilidad pública solo tiene por objeto la constatacion de que los trabajos de que se trata, son

reclamados por el interés público; y por sí solo, no establece modificacion alguna en los derechos de propiedad.

Art. 24. — Los actos practicados por el propietario, una vez hecha la declaracion, serán tomados en consideracion para las ulterioridades del juicio, ya por el carácter que revistan, ya por la influencia que puedan tener en la avaluacion equitativa de la indemnizacion.

Art. 25. — Se declaran por ahora, obras de utilidad pública para los efectos de la espropiacion:

1° Las obras de ferro-carriles de servicio público, telégrafos, caminos, calles, plazas, canales y puentes;

2° Las obras necesarias para la defensa del Estado, prisiones, casas de detencion y de justicia, y las que se refieren á la salubridad.

Art. 26. — Estas obras serán ejecutadas de acuerdo con las disposiciones que dictará la Legislatura, segun los casos.

SECCION II

Designacion de las propiedades á espropiarse.

Art. 27. — La designacion de la propiedad ó propiedades que hayan de espropiarse total ó parcialmente, se hará por la autoridad administrativa á quien corresponda la obra que deba ejecutarse.

Art. 28. — Con este objeto se levantarán, préviamente, planos generales y parciales, con designacion de cada propietario; y se procurarán todos los informes profesionales ú otros datos que fueran necesarios para determinar con exactitud la cosa que ha de espropiarse.

Art. 29. — Levantados los planos, cuando fueren necesarios, se depositarán en las oficinas respectivas, segun la autoridad á quien corresponda la espropiacion.

Art. 30. — Si los trabajos se estienden por mas de un municipio, ó deben ejecutarse en un municipio fuera del asiento de la autoridad competente, se remitirá á sus autoridades copia anticipada de los planos parciales en la parte que le corresponda, la que deberá ser depositada en la casa municipal.

Art. 31. — Hecho el depósito de los planos, con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior, los propietarios de los inmuebles comprendidos en el perímetro de los terrenos á espropiar serán advertidos por escrito individualmente y á domicilio. El aviso será además fijado y publicado en los principales puntos de reunion y en dos diarios de la provincia.

De estos avisos se dejará constancia en el espediente que se formará al efecto.

Art. 32. — Las formalidades establecidas en los artículos 30 y 31, se prescriben bajo pena de nulidad.

Sin embargo la falta de aviso no producirá nulidad, sinó con respecto á los propietarios no advertidos.

Art. 33. — Los propietarios á quienes afecte la espropiacion, podran examinar los planos é informes, y hacer las observaciones que juzguen convenientes respecto de la traza y ejecucion de las obras, en cuanto á su derecho propio.

Art. 34. — Estas observaciones deberán presentarse dentro de los diez dias siguientes á la publicacion de los avisos, cuando las propiedades que se hayan de espropiar estén ubicadas en el lugar en que resida la autoridád que conoce de ellas, y un dia mas por cada siete leguas, cuando se encuentre fuera.

Art. 35. — Pasado el término señalado en el artículo anterior, se resolverá sobre los planos levantados para la ejecucion de las obras, tomando en consideracion las observaciones que se hubieran hecho, y los nuevos esclarecimientos que se juzguen necesarios.

Art. 36. — Aprobados los planos, se entenderá virtualmente declarada la necesidad de espropiar total ó parcialmente las pro-

piedades comprendidas en la traza, aunque no se haga designacion nominativa de ellas en el decreto aprobativo.

Art. 37. — La declaracion de la espropiacion no quita la posesion de la propiedad al espropiado y solo opera su traslacion al espropiante.

Art. 38. — De las traslacion de la propiedad al espropiante resulta:

1° Que el espropiado no tiene sinó un derecho personal á su crédito garantido por la posesion;

2° Que si la cosa perece, perece en general para el espropiante, que será siempre responsable de su indemnizacion;

3° Que el espropiado no puede conferir derecho alguno real, y solamente ceder, en todo ó en parte su derecho á la indemnizacion;

4° Que el espropiante no puede obligar al espropiado á tomar la cosa, renunciando al juicio.

Art. 39. — La conservacion de la posesion, dá derecho al espropiado:

1° A percibir los frutos, como poseeder de buena fé;

2° A ejercitar las acciones posesorias consiguientes, para hacer respetar su posesion;

3° A adquirir la prescripcion que no hubiese concluido ántes de la declaracion de la espropiacion.

Art. 40. — Si á los seis meses siguientes á la declaracion de espropiacion, el espropiante no procede á la fijacion del precio de la indemnizacion, los espropiados tendrán el derecho de exijir que lo verifique.

SECCION III

Del justiprecio de lo espropiado.

Art. 41. — Espedido el decreto aprobatorio á que se refiere el artículo 36, se invitará personalmente y por los diarios á los

dueños de las propiedades que se hayan de espropiar para acordar amistosamente la indemnizacion que á cada uno corresponda, haciéndoles saber la cantidad que se ofrece.

Art. 42. — En los quince dias siguientes á la invitacion, á contar desde la publicacion de los avisos, deberán los propietarios manifestar si aceptan ó no el ofrecimiento hecho, indicando, en caso negativo, la cantidad que piden.

Art. 43. — Si no hubiese advenimiento ó no se manifestase por los propietarios la cantidad que piden, la indemnizacion será fijada, en cada caso, por un jurado convocado al efecto por la autoridad judicial competente, y ante el cual serán citados los interesados.

La citacion contendrá la enunciacion de las ofertas que hubieran sido rechazadas.

Art. 44. — El Jurado á que se refiere el artículo anterior, se compondrá de cinco miembros titulares y dos suplentes, sacados á la suerte de una lista de veinte propietarios, á lo menos, y de cincuenta á lo mas, que cada municipio formará en la primera sesion de cada año de la Municipalidad.

Los propietarios serán de un mismo municipio ó del inmediato, en caso que no fuese posible integrar el mínimum señalado.

Art. 45. — Solicitada la formacion del Jurado y señalado el dia para ello, la insaculacion se hará á presencia de los interesados, los que tendrán el derecho de recusar por alguna de las causas designadas en el artículo 4°.

Art. 46. — Formado el Jurado, se señalará dia para constituirse y designar su presidente.

El presidente será nombrado á mayoría de votos y tendrá voto deliberativo.

Art. 47. — No pueden ser jurados :

1º Los propietarios y arrendatarios de terrenos y edificios designados en la declaracion de espropiacion decretada por la administracion ;

2° Los acreedores que tengan un derecho constituido sobre la casa;

3° Los que tengan derecho de usufructo, uso, habitacion, ó que puedan reclamar servidumbre, resultantes de los títulos mismos del propietario, ó de otros actos en los que hubiere intervenido;

4° Los parientes, dentro del cuarto grado civil, de los propietarios ó empresarios en su caso;

5° Los amigos, cuando la amistad se manifiesta por una gran familiaridad ó frecuencia de trato; y los enemigos, cuando la enemistad, ódio ó resentimiento, proviene de hechos conocidos;

6° Cualquiera que pueda tener un interés directo ó indirecto en el resultado de la espropiacion.

Art. 48. — Los septuagenarios serán dispensados de las funciones de jurado, si así lo solicitasen al hacerles saber su nombramiento.

Art. 49. — Todo jurado que sin motivo legítimo falta á una de las sesiones ó rehusa tomar parte en las deliberaciones, sufrirá una multa de mil á tres mil pesos moneda corriente.

La multa se hará efectiva por la autoridad judicial competente, á quien avisará por escrito el presidente del Jurado. La resolucion será irrecurrible.

Art. 50. — Corresponde al presidente del Jurado decidir sobre las causas de impedimentos que los jurados proponen, así como sobre las esclusiones ó incompatibilidades, cuyas causas han sobrevenido, ó no han sido conocidas sinó despues de la designacion del Jurado.

Art. 51. — Los jurados que se encuentran en los casos de los artículos anteriores serán reemplazados inmediatamente por los suplentes llamados por el presidente, segun el órden de su nombramiento.

Art. 52. — En caso de insuficiencia, el presidente escogerá

de la lista de que se ocupa el artículo 44, las personas que sean necesarias para componer el número requerido.

Art. 53. — El Jurado solo se considerará constituido, cuando los cinco jurados estén presentes.

Los jurados no pueden deliberar válidamente, sinó en número de tres, al menos.

Art. 54. — Los jurados prestarán ante la autoridad, por la que fueran convocados, juramento de desempeñar fielmente sus funciones.

Art. 55. — El Jurado, al deliberar, deberá :

1° Tener presente la relacion de las cantidades ofrecidas y rehusadas con arreglo á los artículos 41 y 42 ;

2° Los planos necesarios y los títulos ú otros documentos producidos por los interesados, en apoyo de sus recíprocas pretensiones ;

3° Oir las personas que puedan facilitar ó ilustrar su juicio ;

4° Trasportarse á los lugares, ó delegar en uno, ó alguno de sus miembros para este efecto.

Art. 56. — La discusion del Jurado será pública, pudiendo continuarse en mas de una sesion ; y las partes ó sus apoderados, presentar sumariamente sus observaciones.

Art. 57. — Declarada la instruccion cerrada por el presidente, el Jurado se retirará inmediatamente á deliberar. La decision del Jurado fijará el monto de la indemnizacion y será tomada á mayoría de votos.

En caso de empate, el voto del presidente será decisivo.

Art. 58. — El valor de las propiedades deberá estimarse por el que tuviesen en la época inmediatamente anterior á la autorizacion de ejecutar las obras á que se destinan.

Art. 59. — La indemnizacion comprenderá todos los gravámenes ó perjuicios que sean una consecuencia forzosa ó directa de la espropiacion, ó que provengan de la privacion de la propiedad, tales como el valor del terreno ó edificio, plantaciones,

despreciacion por fraccionamiento, esplotaciones, etc.; no debiendo, sin embargo, tomarse en consideracion las ventas ó ganancias hipotéticas.

Art. 60. — La indemnizacion no podrá ser, en ningun caso, inferior á la oferta que hubiera hecho, ni superior á la demanda de los interesados.

Art. 61. — Los costos del juicio serán satisfechos por los espropiados, si la indemnizacion fijada por el Jurado no pasa la suma ofrecida.

Art. 62. — Si la indemnizacion es igual á la demanda de los espropiados, el espropiante deberá satisfacer los costos.

Si la indemnizacion es á su vez superior á lo ofrecido ó inferior á lo pedido, los costos serán compensados y soportados por espropiante y espropiado, en proporcion con lo decidido por el Jurado.

Art. 63. — Todo propietario que no haya hecho la declaracion ordenada en el artículo 42, estará obligado á satisfacer los costos del juicio, cualquiera que sea la estimacion ulterior del Jurado.

Art. 64. — La decision del Jurado, firmada por los miembros que hayan concurrido, se remitirá por el Presidente á la autoridad judicial correspondiente, quien la declarará ejecutoria y estatuirá sobre los costos.

Art. 65. — Los costos serán tasados con arreglo al arancel que dictará el P. E.

La tasacion no comprenderá sinó los actos posteriores á la oferta de la administracion; los gastos de los actos anteriores, serán, en todos los casos, á cargo del espropiante.

Art. 66. — La decision del Jurado será inapelable, salvo el caso de violacion de las disposiciones de la presente ley.

Art. 67. — El recurso de apelacion se deducirá en el término de diez dias, á contar desde el de la decision, y ante un nuevo Jurado formado del mismo modo que el anterior.

Art. 68. — El Jurado no conocerá sinó de los negocios para

que ha sido convocado, decidiendo sucesivamente y sin interrupcion sobre cada uno de ellos. No se puede disolver sinó despues de haber decidido todas las indemnizaciones, cuya fijacion le ha sido conferida.

Art. 69. — Los juicios comenzados del Jurado, los espedientes que se hayan formado, serán remitidos á la autoridad superior judicial respectiva para su archivo.

SECCION IV

Del pago del precio de indemnizacion.

Art. 70. — No podrá ocuparse propiedad alguna no comprendida en la espropiacion, mientras no haya sido pagado, ó judicialmente consignado el precio íntegro que á su propietario corresponda por indemnizacion.

Art. 71. — Sin embargo en caso de urgencia, habrá derecho á la ocupacion desde que se consigne, á disposicion del propietario, el precio ofrecido y no aceptado, quedando obligado á las resultas del juicio.

Art. 72. — La indemnizacion consistirá esclusivamente en una suma de dinero, que se pondrá á disposicion del propietario espropiado.

Art. 73. — No se podrá, á menos que el propietario lo consienta, abonar en cuentas á título de indemnizacion aun parcial, los materiales ú otros objetos provenientes de la demolicion de la cosa espropiada.

Art. 74. — Tampoco podrá compensarse el mayor valor adquirido por la espropiacion á la porcion no espropiada, con la indemnizacion representativa del valor intrínseco y venal de la porcion espropiada.

Art. 75. — Si á los treinta dias siguientes á la decision del Jurado, la indemnizacion no ha sido entregada ni consignada, los intereses de plaza correrán de pleno derecho.

Art. 76. — Siempre que el espropiante dejase pasar seis meses, sin entregar ni consignar el precio, cualquiera que sea la causa, la espropiacion quedará sin efecto y el propietario entrará al pleno goce de sus derechos de propiedad.

En este caso, el propietario tiene derecho á la indemnizacion de los perjuicios que la privacion de su propiedad haya podido causarle, los que reclamará en la forma que corresponda.

Art. 77. — Entregado ó consignado judicialmente el precio de la indemnizacion, segun los casos, la espropiacion queda perfecta, operándose la desposesion del espropiado en la cosa espropiada.

CAPÍTULO IV

DE LA READQUISICION DE LA COSA ESPROPIADA

Art. 78. — Si las propiedades adquiridas para obras de utilidad pública no recibiesen este destino, podrá solicitarse su devolucion.

Art. 79. — La peticion se hará por los antiguos propietarios ó sus derechos habientes; pero en ningun caso por los terceros con derechos reales ó personales á la propiedad.

Art. 80. — La declaracion de no emplearse la cosa espropiada en la obra de utilidad pública, á que fué destinada, será hecha en todo caso, por la administracion.

Art. 81. — El precio de la cosa readquirida, será fijado amigablemente, y no pudiendo serlo así por el jurado en la forma ántes establecida.

En ningun caso la indemnizacion podrá ser superior á la fijada al tiempo de la espropiacion.

Art. 82. — Siempre que sin peticion de parte interesada, se quisiere vender parte ó el todo de la cosa espropiada, se publicarán avisos por el término de quince dias.

Si durante este término, los antiguos propietarios no ma-

nifestaren el deseo de adquirir la cosa por el precio establecido, el espropiante quedará en libertad para enajenarla en la forma y en el modo que creyere mas conveniente.

Art. 83. — Las disposiciones de los artículos precedentes, no son aplicables á las propiedades cuya adquisicion ha tenido lugar por imposicion del propietario, ó como último y estremo recurso para la salubrificacion de lugares insalubres.

CAPÍTULO V

DISPOSICIONES PENALES

Art. 84. — Todo aquel que á título de propietario, de simple poseedor ó cualquier otro, resistiese de hecho la ejecucion de los estudios ú operaciones periciales, que en virtud de la presente ley fueran practicados por la administracion ó por los concesionarios en la obra, incurrirán en una multa de cinco á veinticinco mil pesos moneda corriente, á arbitrio del Juez competente.

Art. 85. — Para hacer efectiva esta multa, se procederá ejecutivamente, prévio informe del hecho, sin perjuicio de oir y resolver como corresponda acerca de los daños que la resistencia hubiera causado.

Art. 86. — Las disposiciones de los artículos anteriores, no son aplicables á los estudios prévios que crean necesarios hacer los particulares para solicitar la concesion de una obra de utilidad pública.

Art. 87. — Todo aquel que con violencias, vias de hecho ó amenazas, impida los trabajos ordenados ó autorizados por la autoridad competente, sufrirá de tres meses á dos años de prision.

Los gefes ó promotores, sufrirán de seis meses á tres años de prision.

Art. 88. — Cuando la oposicion hubiera sido hecha sin violencia, la pena será de ocho dias á tres meses de prision.

Art. 89. — En los casos previstos por los dos artículos precedentes, los culpables sufrirán, además, una multa de *cinco mil* á *veinticinco mil* pesos moneda corriente.

Art. 90. — El que, empleando violencia, con arreglo á lo establecido en el artículo 16, desposea á otro de una cosa raiz ó de uso, usufructo ó servidumbre que en ella goce, sufrirá un año de prision y multa de *mil* á *diez mil* pesos moneda corriente, segun la entidad de lo usurpado y la calidad de la violencia.

Art. 91. — Si el despojo se cometiere sin violencia, la pena corporal será arresto de uno á tres meses, sin perjuicio de la pena pecuniaria.

Art. 92. — La ocupacion de las cosas muebles, será considerada como robo ó hurto, segun los casos, y penada como tal, sin perjuicio de la accion civil, se haya ó no intentado la criminal.

Art. 93. — Los que se hubiesen opuesto por vias de hecho á los trabajos debidamente autorizados, no podrán escusar con haberse ultrapasado el limite trasado por la autoridad.

Art. 94. — Comuníquese, etc. etc. (1)

(1) Véase: Lallean Jousellin, *Traité de l'expropriation pour cause d'utilité publique.* — Del Marmol, *Traité de l'expropriation.* — Madrato, *Manual de espropiacion forzosa,* id. *espropiacion forzosa por causa de utilidad pública.* — Dalloz, *Répertoire,* verb. *expropriation.* — Batbie, *Droit administratif,* t. VII. — Kent, *Commentaries,* t. IV. — Cooley's *Constitutional limitations.* — Ducrocq, *Droit administratif.*

V

LEY

PARA ASEGURAR MEJOR LA LIBERTAD DEL SÚBDITO Y PARA IMPEDIR PRISIONES MAS ALLÁ DE LOS MARES LLAMADA COMUNMENTE LEY DE *habeas corpus*

(31. Cárlos II. Cap. 2, Mayo de 1679.)

I

Por cuanto los sheriffs, carceleros y otros empleados, que tienen á su cargo la custodia de los súbditos de Su Majestad por asuntos criminales ó que se suponen tales, han cometido grandes demoras en dar cuenta de los autos de habeas corpus dirigidos á ellos, apoyándose sobre otro auto subsiguiente de habeas corpus, y mas algunas veces, y acogiéndose á varios otros arbitrios contrarios á su deber y á las leyes conocidas del país, para no prestar obediencia á tales autos, por lo cual muchos de los súbditos del rey han sido y pueden en adelante ser detenidos largo tiempo en prision, en casos en que se les debia admitir fianza, con gran perjuicio y vejacion para ellos.

II

Para prevenir lo cual y para el mas pronto remedio de todos, las personas presas por tales causas criminales ó que se suponen tales, (2) *se decreta, por la Excelentísima Majestad del Rey, por y con el dictámen y consentimiento de los Lores*

espirituales y temporales de los comunes reunidos en parlamento, y por autoridad de ellos: Que siempre que alguna persona ó personas llevaran á un sheriff ó sheriffs, carcelero, ministro, ú otra persona cualquiera, una órden ó auto de *habeas corpus*, dirigido á alguno de ellos, concerniente á alguna persona á quien tengan en custodia, y que el dicho auto sea notificado al dicho empleado, ó dejado en la cárcel ó prision, con alguno de los empleados subalternos ó subguardianes ó diputado, dentro de tres dias de hecha la notificacion antedicha (á menos que la prision sea por traicion ó delito grave (felony) espresado especialmente en la órden de prision) y prévio pago ú oferta de pago de las gastos de conduccion del preso, determinado por el juez ó tribunal que la ordenó, y anotados al dorso del auto, no escedentes de doce peniques por milla, y dando fianza, por obligacion suya propia, de pagar los gastos del trasporte de regreso del preso, si por el juez ó tribunal ante quien se le traiga fuese enviado de nuevo á la prision, segun la verdadera intencion de esta ley, y de que no se escapará en el camino, devolverá dicho auto; (3) y llenará ó hará que se llene la parte que así se halle preso ó restringida ante el canciller, ó lord guarda-sellos de Inglaterra, que sea por aquel tiempo, ó ante los jueces ó barones de la córte ó tribunal que hubiere espedido dicho auto, ó ante cualquier otra persona ó personas á quienes deba devolverse y dar cuenta de dicho auto, segun en el esté ordenado, (4) é igualmente certificarán entónces las causas verdaderas de la detencion ó prision, á menos que el auto de prision se haya espedido en lugar distante mas de veinte millas de aquel en dónde el tribunal ó la persona esté ó estuviese residiendo, y si estuviese á mayor distancia de veinte millas, sin esceder de 100, se devolverá el auto y se presentará la persona detenida dentro de diez dias; y si la distancia fuese mayor de cien millas, entónces dentro de veinte dias de la entrega del auto, y no de mas tiempo.

III

Y para que ningun sheriff, carcelero ú otro empleado pueda pretender ignorancia de lo que dicho auto importa, (2) se decreta por la autoridad antedicha, que tales autos sean notados de esta manera: *Per statum, tricesimo primo Caroli secundi Regis*, y sean firmados por la persona que los pronuncia; (3) y si alguna ó algunas personas fuesen ó estuviesen reducidas á prision ó detenidas como queda dicho, por algun crímen, que no sea felonía ó traicion claramente espresada en la órden de prision, será legal para la persona ó personas asi presas ó detenidas (que no sean las sentenciadas ó cuya pena se esté ejecutando segun procedimiento legal), si fuese tiempo de vacaciones ó fuera del término, ocurrir por sí, ó alguno en su favor, al lord cancillar ó lord guarda-sellos, ó á alguno de los justicias de Su Majestad, ya sea de un banco ó del otro, ó á los barones del echiquier del grado, del gorro ó cofia, apelando ó quejándose; (4) y dichos lord canciller y lord guarda-sellos, justicias ó barones, ó cualquiera de ellos, en vista de la cópia ó cópias de la órden ú órdenes de prision ó detencion, ó de otra manera, en virtud de juramento hecho afirmando que la persona ó personas, en cuya custodia se hallan el preso ó presos ó detenidos, se deniega á dar tales cópias, son por las presentes autoridades y requeridas para conceder y decretar, á peticion por escrito de dicha persona ó personas, ó de alguna persona en favor de ella ó ellas, atestada y suscrita por dos testigos que estuviesen presentes al entregarlo, una providencia de *habeas corpus*, bajo el sello de la córte ó tribunal de que sean miembros ó jueces; (5) para ser dirijida al empleado ó empleados en cuya custodia se hallase la persona asi presa ó detenida, con calidad de ser devuelta inmediatamente al lord canciller ó lord guarda-sellos ó tal justicia, baron ó cualquier otro juez ó baron del grado dicho de

cualquiera de las dichas córtes; (6) y notificada dicha providencia ó auto como queda dicho, el empleado ó empleados, subalterno ó subalternos, guardian ó guardianes, ó su diputado en cuya custodia se halle la parte así presa ó detenida, traerán dentro del término respectivamente señalado, al preso ó presos ante dicho canciller, ó lord guarda-sellos, ó ante los justicias, barones ó alguno de ellos ante quienes deba darse cuenta de dicho auto, y en caso de ausencia, ante cualquiera de ellos, con la devolucion de dicho auto é informe de las verdaderas causas de la prision ó detencion (7) y hecho esto, dentro de dos dias despues de que se haya llevado la parte ante ellos, dicho lord canciller ó lord guarda-sellos, ó el justicia ó baron ante quien se haya llevado al preso como queda dicho, librará á dicho preso de su prision, recibiendo su obligacion y una ó mas fianzas por una suma que determinarán segun su discrecion, teniendo en cuenta la calidad del preso y la naturaleza del delito, comprometiéndose á comparecer ante la córte del banco del Rey, en el término siguiente, ó en las siguientes asisas, sesiones ó libramiento general de cárcel de ó para el condado, ciudad ó lugar en donde se decretó la prision, ó se cometió el delito, ó en todo otro tribunal en donde pueda conocerse propiamente del delito, segun lo requiera el caso, y en seguida certificará el dicho auto con la devolucion de él, y la dicha obligacion ú obligaciones para con la córte ó tribunal ante el cual deba hacerse la comparecencia; (8) á ménos que aparezca á dichos lord canciller, lord guarda-sellos, ó justicia ó justicias, ó baron ó barones, que la parte así presa está detenida por procedimiento legal, órden ó auto de algun tribunal que tiene jurisdiccion en asuntos criminales, ó por alguna órden firmada y sellada con la firma y sello de alguno de los dichos jueces ó barones, ó alguno ó algunos jueces de paz por materias ó delitos por los cuales no puede admitirse fianza al preso.

IV

Con tal, y así se decreta: Que, si alguna persona hubiese descuidado, por el espacio total de dos términos despues de su prision, pedir un auto de habeas corpus para su soltura, esa persona, que tan voluntariamente descuida lo que le concierne, no obtendrá que se le conceda ningun habeas corpus segun esta ley, en tiempo de vacaciones.

V

Y decrétase además, por la autoridad antedicha, que si algun empleado ó empleados, su subalterno ó subalternos, sub-guardian ó sub-guardianes ó diputado, descuidare ó rehusare hacer las devoluciones ante dichas, ó llevar el cuerpo ó cuerpos del preso ó presos segun ordena en dicho auto, dentro de los respectivos términos dichos, ó habiéndosele pedido por el preso ú otra persona en su favor, rehusare entregar, ó dentro de seis horas despues de la demanda no entregare, á la persona que así lo pide una cópia verdadera de la órden ú órdenes de prision y detencion de dicho preso que él ó ellos son por las presentes requeridas para que entreguen de conformidad con lo dicho, todos y cada uno de los jefes de la cárcel y guardian de tal persona, y cualquier otro individuo en cuya custodia se halla el preso, incurrirán por la primera vez que faltan en la multa de £ 100, á favor del preso, (2) y por la segunda vez que faltase en la multa de £ 200, y serán por esta razon incapaces de tener ó ejercer dicho empleo; (3) teniendo el preso ó la parte agraviada, sus albaceas ó fideicomisarios *ib intestato*, derecho para cobrar del culpable ó de sus albaceas fideicomisarios *ab intestato*, el valor de tales multas, por cualquiera accion de deuda, demanda, billete, queja ó acusacion, ante cualquiera de los tribunales del Rey en Westminster, en donde no se admitirá

ni acojerá ninguna exencion, proteccion, privilejio, nombramiento, oferta de probar el hecho, ó suspension del procedimiento por *non vult ulterius prosequi* ó de otra manera, ni cosa otra alguna que una sola sentencia interlocutoria; (4) y cualquiera cobro ó sentencia á peticion de la parte agraviada, será prueba suficiente de la primera falta, y cualquier cobro ó sentencia posterior á la primera sentencia será prueba suficiente para someter á los empleados ó persona á la dicha pena por la segunda falta.

VI

Y para impedir injustas aspiraciones por reiteradas prisiones por el mismo delito; (2) se decreta, por la autoridad antedicha, que ninguna persona ó personas, que sean sueltas ó puestas en libertad por algun auto de *habeas corpus*, serán reducidas de nuevo á prision de aquí adelante por el mismo delito, por ninguna persona ó personas cualesquiera, que no sea por órden ó procedimiento legal del tribunal ante quien, segun la obligacion que hayan suscrito, deben comparecer, ó de otro tribunal que tenga jurisdiccion en la causa; (3) y si cualquier otra persona ó personas, á sabiendas, y en contravencion á esta ley, arrestase ó aprisionare, ó á sabiendas procurase ó hiciese que se volviese á arrestar ó aprisionar, por el mismo delito ó pretendido delito, á alguna persona ó personas á quienes se haya soltado ó puesto en libertad como se ha dicho, ó á sabiendas ayuden y auxilien para ello, en ese caso él ó los que se hagan culpables de esa falta, perderán á favor de la parte agraviada la suma de £ 500, sin que para el cobro de ella obste ninguna protesta, colorido ú variacion en la órden ú órdenes de prision.

VII

Con tal, y así se decreta además, que si alguna persona ó personas fueren presas por otra traicion ó felonía, espresándose

así esplicitamente en la órden de prision, y suplicaren ó pidieren en tribunal abierto, en la primera semana del término, ó el primer dia de las sesiones de oir y terminar ó libramiento general de cárcel ser traidas á juicio, y no fueren acusados en algun tiempo en el término siguiente, sesiones de oir y terminar ó libramiento general de cárcel, despues de dicha órden de prision; será y puede ser legal, á y para los jueces de la corte del banco del rey, y para los justicias de oir y terminar ó libramiento general de cárcel, y ellos son por las presentes requeridos, para poner en libertad al preso sobre fianza, siempre que él ó alguno en su favor lo pidan así en tribunal abierto, el dia último del término, sesiones de oir y terminar ó libramiento general de cárcel, á menos que aparezcan á los jueces y justicias, segun juramento hecho, que no pudieron producirse los testigos de la parte del rey en el mismo término, sesiones de oir y terminar ó libramiento general de cárcel; (2) y si alguna persona ó personas cuya prision se haya ordenado como se ha dicho, solicitare ó pidiere en tribunal abierto, en la primera semana del término ó primer dia de las sesiones de oir y terminar y libramiento general de cárcel, ser traido á juicio, y no fuere juzgado en el segundo término, sesiones de oir y terminar ó libramianto general de cárcel, despues de haber sido preso, ó si juzgado fuere absuelto, será puesto en perfecta libertad.

VIII

Pero es siempre entendido, que nada de lo dispuesto en esta ley se estenderá á librar de prision á ninguna persona presa por deuda ú otra accion, ó por procedimiento en alguna causa civil, sinó que, una vez que sea librado de la prision por la causa criminal, debe ser mantenido en custodia segun la ley por otro pleito.

IX

Con tal, y se decreta además por la autoridad antedicha: Que si alguna persona ó personas, súbditos de este reino, fuese reducido á prision, ó puesto bajo la custodia de algun empleado ó empleados cualesquiera que sean, por causa criminal ó supuesta tal, esa persona no sea removida de dicha prision ó custodia, para ser puesta bajo la custodia de otro empleado ó empleados; (2) á menos que sea por auto de *habeas corpus* ú otro legal; ó cuando se entregue el preso á un comisario de policia ú otro empleado inferior, para conducirlo á una prision comun; (3) ó cuando alguna persona es enviada por algun juez de asisas ó juez de paz á alguna casa comun de trabajo ó de correccion; (4) ó cuando el preso es removido de un lugar ó prision á otra dentro del mismo condado, para ser juzgado ó puesto en libertad segun el debido curso legal; (5) ó en caso de incendio repentino ó de infeccion, ó de otra necesidad; (6) y si alguna persona ó personas, despues de tal confinamiento á prision antedicha, espidiese y firmase, ó refrendase alguna órden ú órdenes para dicha remocion, en contravencion á esta ley; tanto el que espide y firma ó refrenda tal órden ú órdenes, como el empleado ó empleados que las obedecen ó ejecutan, incurrirán en las penas y multas mencionadas en esta ley, que la parte agraviada podrá cobrar de la manera que queda dicho, por la primera y segunda falta respectivamente.

X

Con tal tambien, y así se decreta por la autoridad antedicha: Que será y puede ser legal á y para cualquiera preso ó presos como los antedichos, promover y obtener su *habeas corpus* así, de la alta corte de la chancilleria ó de la corte del echiquier, como de las cortes del banco del rey y de los pleitos comunes, ó

de alguna de ellas cualquiera; (2) y si dicho lord canciller ó lord guarda-sellos, ó algun juez ó jueces, baron ó barones del grado de gorro ó cofia, que lo sean por entónces de alguna de las cortes dichas, en tiempo de variaciones, en vista de la copia ó copias de la órden ú órdenes de prision ó detencion, y hecho juramento de que dicha copia ó copias fueron negadas como se ha dicho, negaren el auto de habeas corpus que esta ley ordena sea concedido cuando se promueve del modo dicho, perderán separadamente la suma de £ 500 á favor del preso, quien puede cobrarla de la manera que se ha dicho.

XI

Y se declara y decreta por la autoridad antedicha: Que, segun la verdadera intencion y significacion de esta ley, puede ordenarse y correr un *habeas corpus* en cualquier condado palatino, en los Cinco Puertos, ó demás lugares privilegiados dentro del reino de Inglaterra, dominio de Gales, ó ciudad de Berwick sobre el Tweed, y las islas de Jersey y Guernsey; no obstante ley ó costumbre alguna en contrario.

XII

Y para impedir aprisionamientos ilegales en prisiones de ultramar; (2) Decrétase además por la autoridad antedicha: Que ningun súbdito de este reino, que es ahora ó sea de aquí adelante habitante ó residente de este reíno de Inglaterra, del dominio de Gales, ó ciudad de Berwich sobre el Tweed, será ó podrá ser enviado preso á Escosia, Irlanda, Jersey, Guernsey, Tánger, ó á partes, guarniciones, islas ó lugares mas allá de los mares, que estén ó de aquí adelante estuviesen dentro ó fuera de los dominios de Su Majestad, sus herederos ó sucesores; (3) y que toda prision de esa clase es por las presentes declarada y juzgada ilegal; (4) y que si alguno de dichos súbditos ès

ahora ó fuere en adelante aprisionado de esa manera, toda persona ó personas así aprisionadas, deben y pueden, en virtud de esta ley, conservar, por cada prision de esta clase, accion ó acciones por falsa detencion en cualquiera de las cartas de rejistro de Su Majestad, contra la persona ó personas que así los hayan reducido á prision, detenido ó arrestado, enviado preso ó trasportado en contravencion á esta ley, y contra todas y cualquiera persona que formen, combinen, escriban, sellen ó refrenden cualquier órden ó escrito para tal arresto, detencion, prision ó trasportacion, ó que aconsejen, ayuden ó auxilien para las mismas á cualquiera de ellos; (5) y al demandante en virtud de tal accion obtendrá sentencia para cobrar triples las costas, además de perjuicios los cuales no serán nunca apreciados en ménos de £ 500; (6) en la cual accion no se permitirá ninguna demora, suspension ó detencion del procedimiento regular; ni órden ó mandato, ni precepto, proteccion ó privilegio cualquiera, ni otra cosa que una sola sentencia interlocutoria, escepto aquella regla de la córte en que penda la accion, que se haya hecho en tribunal abierto, y que se creyere necesaria en justicia por causa especial que deberá espresarse en dicha regla; (7) y la persona ó personas que á sabiendas formen, combinen, escriban, sellen y refrenden cualquier órden para tal arresto, detencion ó trasportacion, ó que arrestaren, detuvieren ó aprisionaren de ese modo, ó trasportaren alguna persona ó personas en contravencion á esta ley, ó por alguna vía aconsejaren, ayudaren ó auxiliaren para ello, siendo convencidos legalmente de ello, serán inhabilitados de allí adelante de ocupar ningun empleo de confianza ó lucrativo dentro de dicho reino de Inglaterra, dominio de Gales, ó ciudad de Berwick sobre el Tweed, ó cualquiera de las islas territorios ó dominios á él pertenecientes; (8) é incurrirán y sufrirán las penas y multas determinadas, ordenadas y provistas en y por el estatuto de provision y delitos contra el rey y su gobierno (prœmunire), hecho en el año diez y seis del reinado

del rey Richard II; (9) y serán incapaces de ningun perdon del rey, sus herederos y sucesores, que los exime de las dichas multas, pérdidas ó inhabilitaciones, ó de alguna de ellas.

XIII

Con tal que, siempre, nada en esta ley se estenderá á beneficiar alguna persona que por contrato escrito con algun comerciante, dueño de alguna colonia, ú otra persona cualquiera, convenga en ser trasportado á algunas partes de ultramar, y reciba arras sobre tal contrato, aunque despues dicha persona renuncie á él.

XIV

Con tal que, siempre, y así se decreta, si alguna persona ó personas, legalmente condenadas por algun grave delito (felony) pidieren en tribunal abierto ser trasportados mas allá de los mares, y la corte hallare conveniente dejarla ó dejarlas en prision para ese efecto, dicha persona ó personas, pueden ser trasportadas á cualquiera parte de ultramar, no obstante disposicion alguna aquí contenida en contrario.

XV

Con tal tambien, y se decreta, que nada de lo contenido en esta ley se juzgará, construirá ó tomará como que se estiende á prision de persona alguna anterior al 1º de Junio de 1679, ó cosa alguna aconsejada, procurada ó de otro modo hecha relativamente á dicha prision; no obstante cosa alguna en contrario contenida en esta ley.

XVI

Con condicion tambien, que si alguna persona ó personas residentes en este reino en cualquier tiempo, hubiesen come-

tido algun delito capital en Escosia ó Irlanda, ó en alguna de las islas ó colonias estrangeras del rey, sus herederos ó sucesores, en donde ella ó ellas deben ser juzgadas por tal delito, esa persona ó personas pueden ser enviadas á dicho lugar, para sufrir allí un juicio de la manera que se hubiese acostumbrado ántes de que se hiciera esta ley, uo obstante cosa alguna contenida en ella en contrario.

XVII

Con condicion tambien, y así se decreta, que ninguna persona ó personas serán demandadas, procesadas, molestadas ó turbadas por ningun delito contra esta ley, á menos que la parte ofensora sea demandada por el mismo dentro de dos años á lo mas despues del tiempo que la falta se haya cometido, en caso que la parte agraviada no se hallase entónces dentro de dos años despues de la muerte de la persona aprisionada, ó de que sea puesta en libertad (lo que primero sucediera).

XVIII

Y á fin de que nada pueda evitar su juicio en las asisas ó libramiento general de cárcel, procurando que se le remueva ántes de las asisas, en tiempo en que no pueda ser traido otra vez para que sufra allí su juicio ; (2) se decreta, que despues que se hayan proclamado las asisas para el condado en donde esté detenido el preso, ninguna persona será removida de la cárcel comun en virtud de ningun *habeas corpus* concedido en cumplimiento de esta ley, sinó que dicho *habeas corpus* será traido ante el juez de asisas en tribunal abierto, quien hará respecto de él la justicia que corresponda.

XIX

Con tal, sin embargo, que despues que hayan terminado las

asisas, cualquiera persona ó personas detenidas pueden obtener su *habeas corpus* segun la disposicion é intencion de esta ley.

XX

Y se decreta tambien por la autoridad antedicha, que si se establece alguna acusacion, demanda ó accion contra alguna persona ó personas por algun delito cometido ó que esté para cometerse contra la forma de esta ley, será legal para los demandados alegar la escepcion general de que no son culpables ó no deben nada, y de presentar tal materia especial en prueba de ello al jurado que este juzgue lo mismo, y si alegada esta materia especial, se ha hallado que es bueno y suficiente fundamento en derecho para haber absuelto á dichos demandado ó demandados en dicha acusacion, demanda ó accion, entónces esa misma materia aprovechará al demandado ó demandados, para todos intentos ó fines, como si hubiese suficientemente alegado, espuesto ó pleiteado la misma materia en oposicion ó para descargo de tal acusacion, demanda ó accion.

XXI

Y por cuanto muchas personas sindicadas de pequeña traicion ó felonía, ó cómplices de esos delitos, son reducidos á prision sobre sospechas solamente, respecto de los cuales puede admitírsele ó no fianza, segun que las circunstancias que dan lugar á las sospechas son de mas ó menos gravedad, lo cual saben mejor los jueces de paz que arrestaron las personas y tienen el exámen ante ellos, á los demás jueces de paz del condado; (2) se decreta, por lo mismo, que cuando apareciere que una persona ha sido arrestada por un juez cualquiera ó por un juez de paz, y se le haga cargo de ser cómplice ántes del hecho, de alguna pequeña traicion ó felonia, ó sobre sospecha de ello, ó con sospecha de pequeña traicion ó felonía,

la cual pequeña traicion ó felonía debe estar clara y especialmente espresada en la órden de prision, tal persona no será removida de prision, ni se le recibirá fianza por virtud de esta ley, ni en ninguna otra manera que aquella en que podría haberse hecho antes de darse esta ley.

VI

DEL AUTO DE *HABEAS CORPUS* [1]

CAPÍTULO 1°

DEFINICION Y FORMA DEL AUTO.

Artículo 1°. — El auto de *habeas corpus* es una órden escrita dada en nombre de la provincia por un juez ó tribunal de jurisdiccion competente, y dirigida á un individuo cualquiera que tiene una persona bajo su guarda ó en su poder, para que la presente en el tiempo y lugar que se le señale, y manifieste las causas por las cuales la tiene detenida ó restringida en el ejercicio de su libertad.

Art. 2°. — El auto de *habeas corpus* deberá ser siempre que las circunstancias lo permitan en la forma siguiente:

« En nombre de la provincia de Buenos Aires.

« Por cuanto ante este Juzgado ó tribunal (segun el caso) se ha manifestado que la persona N. de N. (aquí el nombre de la persona ó aquel con que fuera conocido) se halla detenida ó presa bajo vuestra custodia, sin fundamentos legales para ello.

« Por tanto, se os ordena que, dentro del término de... (aquí las horas ó dias que se fijen) despues que os sea notificado y

(1) Este proyecto que pertenece á la *Memoria de 1873,* está tomado del Proyecto de Livingston para la Luisiana, que mejoró la lejislacion inglesa; y se separa en algunas de sus partes de lo que se ha establecido en nuestra lejislacion en términos generales.

entregado este auto, presenteis ante este tribunal ó Juzgado (segun el caso) dicha persona de N. de N. devolviendo al mismo tiempo este auto con informe á continuacion sobre el tiempo y causa de la detencion ó prision, á fin de que se pueda considerar y resolver lo que con dicha persona debe hacerse.

« Dada, etc., etc. ».

Art. 3°. — Cuando el auto de *habeas corpus* sea dado por un juez, será firmado por el mismo, cuando lo sea por un tribunal, lo será por su presidente respectivo.

Art. 4°. — El auto de *habeas corpus* no podrá ser desobedecido por defecto alguno de forma.

Es obligatorio:

1° Si la persona á quien va dirigido es designada, ya sea por la denominacion de su empleo (si tiene alguno) ó por cualquier nombre ó descripcion que sea comprensible á un individuo de intelijencia comun que él es la persona que se tiene en vista y á quien puede notificarse el auto, y quien tenía efectivamente en custodia la persona que se ordena presentar.

En este caso no se puede rehusar obediencia al auto, aún cuando se le haya dirigido bajo un nombre erróneo ó una descripcion falsa ó aún cuando el auto sea dirigido á otro;

2° Si la persona que se ordena presentar es designada por su nombre, ó en caso de que el nombre sea desconocido ó incierto, si se le describe de tal manera que sea comprensible que él es la persona que se tiene en vista y se ordena presentar.

En el caso que en el auto se omita determinar el tiempo dentro del cual debe devolverse con informe y presentar la persona requerida, debe ser obedecido sin tardanza.

Art. 5°. — La insercion ú omision en el auto de otras palabras que las contenidas en la fórmula precedente, no lo viciarán, siempre que sean conservadas sus parte esenciales.

Art. 6°. — En caso que se suscitaran dudas sobre la interpretacion de cualquiera de las disposiciones de este título, se

dará el sentido mas favorable á la reclamacion de la persona que las solicita y aquel que da mas estension á los medios de proteccion sustituidos por este acto contra toda espresion ilegal.

CAPITULO II

A QUIEN CORRESPONDE DICTAR EL AUTO DE *habeas corpus*, EN QUE CASOS Y DE QUE MODO DEBE SOLICITARSE

Art. 7°. — La Corte Suprema, los tribunales de apelacion y los Jueces de primera Instancia podrán dictar el auto de *habeas corpus* dirigiéndose á cualquiera persona ó autoridad en sus distritos respectivos.

Art. 8°.—En caso que la autoridad competente del distrito se encuentre impedida por una causa cualquiera para dictar el auto, podrán hacerlo las de los distritos limítrofes.

Si las distancias ó cualquiera otra causa hiciera imposible conseguir el auto de autoridad competente en el término de tercero dia, podrá ser dictado por el Juez de Paz respectivo.

Art. 9°. — Debe dictarse el auto de *habeas corpus* en los casos siguientes:

1° Cuando la persona detenida sufre la detencion ó prision de órden de alguna autoridad ejecutiva ó administrativa, á menos que tenga lugar en virtud de la declaracion del estado de sitio ó en virtud de tratados con las naciones estranjeras;

2° Cuando la persona detenida ó presa sufre la detencion ó prision en virtud de órden de autoridad judicial competente, y la persona detenida ó presa juzgue que no hay fundamento legal para la detencion ó prision;

3° Cuando la prision ó detencion se sufra á consecuencia de un delito que con arreglo á la Constitucion y á la ley penal aflictiva, ó solo la merezca por dos años y la fianza pueda ser admitida;

4° En todos los casos en que la prision, detencion, etc.; fuera ejercida sin autorizacion de ley alguna positiva y que lo fuera de una manera ó en un grado no autorizado por la ley.

Art. 10. — No puede solicitarse el auto de *habeas corpus*, ni los tribunales ó jueces tienen el deber de espedirlo:

1° Cuando la persona se halla en prision en virtud de sentencia definitiva pronunciada por juez ó tribunal competente, comprendiéndose los casos de arresto ó prision correccional impuestos por las Cámaras Lejislativas, segun sus reglamentos de policía interior á los que cometan desacatos contra ellas ó perturben el órden de sus trabajos y los de arresto ó prision que impongan los jueces ó tribunales correccionalmente por desacato cometido contra ellos;

2° Cuando la persona se halla detenida ó presa en virtud de procedimientos regidos esclusivamente por la Constitucion y leyes nacionales, ó por actos hechos ó dejados de hacer sometidos esclusivamente á la jurisdiccion de las autoridades nacionales.

Art. 11. — La peticion del auto de *habeas corpus* puede ser obtenida por la misma persona detenida, ó por otra en su nombre, y contendrá:

1° Que la persona que hace la peticion ó en favor de quien se hace, se halle detenida, presa ó restringida en su libertad; el funcionario, empleado ú oficial público ó persona por quien ha sido detenida ó restringida mencionando sus nombres si le fuesen conocidos, y la causa ó pretesto de la prision ó detencion segun el conocimiento que tenga de ella;

2° Si la detencion ó restriccion es ejercida en virtud ó bajo pretesto de un acto judicial, órden, mandato ó providencia; y en este caso se agregará copia á la peticion, ó la constancia que la copia ha sido requerida y rehusada;

3° Si la detencion es ejercida en virtud de un acto judicial, regular en la forma, pero obtenido ó ejecutado ilegalmente: la peticion establecerá en qué consiste esa ilegalidad;

4º Si la detencion ó prision no está apoyada en acto alguno judicial, la peticion establecerá simplemente que la persona está ilegalmente detenida ó restringida;

5º En fin, debe ser con juramento, en cuanto á la verdad de los hechos que se esponen, al menos segun las creencias del que lo espone.

Art. 12. — Todo tribunal ó juez á quien se ocurra pidiendo el auto de *habeas corpus*, espedirá dicho auto sin tardanza, á menos que de la demanda misma ó de los documentos que la acompañan, resulte que á la parte demandante le es prohibido por las disposiciones de este capítulo pretender la espedicion de dicho auto.

Art. 13. — Siempre que un tribunal ó juez tenga conocimiento ó cualquier razon de creer que alguna persona está ilegalmente detenida en su distrito, presa ó restringida en su libertad, tiene el deber de espedir el auto de *habeas corpus* para resolver sobre su soltura aún cuando no se haya hecho demanda alguna sobre ella.

Art. 14. — Cuando un tribunal ó juez de jurisdiccion competente tenga conocimiento, por prueba satisfactoria, de que alguna persona es mantenida en custodia, detencion ó confinamiento, y que es de temerse sea trasportada fuera del territorio de la provincia, ó se le hará sufrir un perjuicio irreparable ántes de que pueda ser socorrido por un auto de *habeas corpus*, pueden espedirlo de oficio ordenando á cualquier comisario, agente de policia ú otro empleado, que tome la persona detenida ó amenazada y la traiga á su presencia para resolver lo que corresponda segun derecho.

Art. 15. — Cuando la prueba mencionada en el artículo precedente sea tambien suficiente para justificar el arresto de la persona que tiene en custodia el preso á que se refiere el mismo artículo, como culpable de un delito en tomar y detener dicho preso, el auto que se espida deberá tambien con-

tener órden para el arresto de la persona que haya cometido tal ofensa.

Art. 16. — El empleado ó persona encargada de la órden mencionada en los tres artículos precedentes, la ejecutará trayendo ante el tribunal ó juez la persona detenida y tambien la del que la detiene, si así se le ordena en el auto, devolviéndolo en seguida con informe, y trasmitido de la misma manera que los demás autos de *habeas corpus*.

Art. 17. — Si la persona que debiere á otro es traida ante el tribunal ó juez como sindicada de un delito ó crímen, será examinada, detenida en prision ó admitida á dar fianza en los casos en que la fianza puede ser admitida.

CAPÍTULO III

DE LA NOTIFICACION Y DEVOLUCION DE LA ÓRDEN DE HABEAS CORPUS

Art. 18. — La órden de *habeas corpus* se notifica por la remision del original á la persona á quien se dirige, ó á aquella bajo la guarda ó autoridad de quien se encuentre el individuo en cuyo favor ha sido espedida.

Art. 19. — Si el detentor rehusa recibirla, se le informará verbalmente de su contenido; si se oculta ó impide la entrada á la persona encargada de la ejecucion, la órden será fijada esteriormente en un lugar aparente de su morada ó de aquella en que la persona detenida se encuentra.

Art. 20. — La notificacion se prueba por la declaracion escrita y jurada de la persona que ha sido encargada para ello, que puede serlo cualquiera que segun las leyes generales es hábil para atestiguar.

Art. 21. — La persona á quien se notifique una órden de *habeas corpus* debe obedecerla, y responder inmediatamente, sea ó no dirigida á ella.

Art. 22. — La devolucion de la órden de *habeas corpus* se hará presentando la persona en ella designada, si se encuentra bajo su guarda ó autoridad, y escribiendo al dorso, ó agregando por separado un informe en que clara é inequívocamente se esprese:

1º Si tiene ó no en custodia, detenido ó restringido bajo su poder el individuo que se le ordena presentar;

2º Si tiene á dicho individuo en su poder ó restringido bajo su custodia, cual es la autoridad con que le impone tal detencion, prision ó restriccion, y la verdadera causa de ella, esplicándola estensamente;

3º Si la parte está detenida en virtud de auto, órden ó mandamiento escrito, debe agregarse cópia del documento al informe, y debe producirse y escribirse el original al devolverlo á quien lo espidió;

4º Si la persona á quien se ha dirigido y notificado el auto ha debido tener en su poder ó custodia al individuo requerido en cualquier tiempo anterior ó subsecuente á la fecha del auto, pero ha trasferido dicha custodia ó restriccion á otro; el informe debe espresar con particularidad á quién, por qué causa, en qué tiempo, y por qué autoridad tuvo lugar dicha trasferencia.

Art. 23. — El informe á que se refiere el artículo anterior, deberá ser firmado por la persona que lo dirije, y en el caso de que no sea un empleado público juramentado y hable de su capacidad oficial, será firmado bajo juramento.

Art. 24. — Si la persona á quien ha sido dirijido y notificado debidamente un auto de *habeas corpus* rehusare ó descuidare cumplirle presentando la parte nombrada en él, é informando plena é implícitamente al devolverlo, sobre todos los puntos á que tal informe debe contraerse, segun lo dispuesto en esta ley, dentro del tiempo requerido, y no alegase escusa suficiente para dicha desobediencia ó descuido, el tribunal ó juez á quien debiera devolverse, desde que se justifique que el auto fué di-

rijido y notificado debidamente, tiene el deber de dar órden, dirijida á cualquier comisario ó ajente de policía ú oficial de justicia para que aprehenda inmediatamente la persona culpable de la desobediencia ó descuido y le sea presentada, y una vez traida será confinada en la cárcel hasta que devuelva el auto con el informe debido, y obedezca las órdenes que se le hayan dado con respecto á la persona para cuyo socorro se espidió el auto.

Art. 25. — Siempre que por enfermedad ó invalidez de la persona que se ordena presentar, no pueda ser traida sin peligro ante la autoridad competente á quien ha de devolverse el auto, la parte que la tiene en custodia puede espresarlo así en el informe con que lo devuelva, afirmando su dicho con juramento, ó acompañando certificado médico, donde fuera posible; y si quedaren satisfechos de la verdad de tal afirmacion y por otra parte el informe es suficiente, procederán á resolver el caso sín necesidad de que se halle presente el interesado.

El tribunal ó juez podrá además en este caso, si lo creen necesario, trasportarse al lugar en que se encuentre el detenido, para adoptar la resolucion que corresponda.

Art. 26. — Para la ejecucion de la órden de arresto, y para traer y custodiar la persona para cuyo alivio se espidió el auto de *habeas corpus,* el empleado ó persona que haya sido encargado de tal ejecucion, puede llamar en su auxilio la fuerza pública del lugar, como en los demás casos semejantes.

Art. 27. — Producido el informe se procederá á examinar los hechos contenidos en él y la causa de la detencion, prision ó restriccion.

Si no se manifestare causa legal para la prision ó restriccion, ó para la continuacion de ella, se decretará la libertad de la persona presa ó detenida.

Art. 28. — Será devuelto á la prision ó detencion, el preso ó detenido, si del exámen del caso resultare:

1° Que se hallaba detenido ó preso en virtud de órden, auto ó decreto de algun tribunal ó juez nacional, en los casos de esclusiva competencia;

2° Que la detencion ó prision sea el resultado de una sentencia definitiva de tribunal competente;

3° Que se halle presa ó detenida por desacato contra tribunal, juez, empleado ó cuerpo con autoridad para imponerlo, siempre que se haya espresado en la órden ó mandamiento que se impone por tal causa;

4° Que no ha espresado el tiempo por el cual la parte puede ser legalmente detenida.

Art. 29. — Si resultare que la parte ha sido lagalmente confinada en prision por alguna causa criminal, ó si del testimonio que se presenta con el auto devuelto con informe, aparece que aunque el detenido fuese culpable del delito de que se le hace cargo, tenia derecho á ser escarcelado bajo de fianza, el tribunal ó juez puede disponer que se acepte dicha fianza, si fuese ofrecida, y se deje libre la persona; pero si no ofreciera tal fianza, ordenará que la parte sea inmediatamente restituida á la prision.

Art. 30. — Si la parte no resultare acreedora á que se la ponga en libertad ni á que se le acepte fianza, se ordenará sea restituida á la custodia ó restriccion de donde fué tomada, si la persona bajo cuya custodia estaba, podia legalmente ser encargada de ello. En caso contrario se encargará á persona competente.

Art. 31.—Miéntras se dicta la resolucion, se encomendará el preso á la custodia del empleado del lugar que pueda tener este encargo, y con los cuidados que su edad ú otras circunstancias aconsejen.

Art. 32.—Cuando del informe que se remita resulte tener intereses un tercero en la prision ó detencion, no se dará órden de libertad, miéntras no conste haberse puesto en noticia de

ese tercero la demanda del auto de *habeas corpus*, y que han tenido el tiempo suficiente para oponerse ó no á la soltura.

Art. 33.—No se podrá dictar resolucion alguna, tratándose de una accion criminal, sin intervencion del ministerio fiscal, á fin de que deduzca la accion que corresponda.

Art. 34—La parte traida en virtud de un auto de *habeas corpus*, puede negar cualquiera de los hechos afirmados en el informe, ó alegar otros para probar que su prision ó detencion es ilegal, ó que es acreedora á que se le ponga en libertad; pero esto no podrá hacerse sin prestar préviamente juramento de decir verdad.

Las alegaciones y pruebas que se produzcan tanto en apoyo de la prision ó detencion como en contra de ella, serán oidas por el juez ó tribunal de una manera sumaria, y se dictará resolucion.

Art. 35.—La absolucion pronunciada en virtud de un auto de *habeas corpus*, no tiene otro efecto que poner en libertad el preso, y garantirle de toda prision futura por la misma causa.

Art. 36.—Ningun individuo absuelto por el informe de un *habeas corpus*, será preso, detenido ó restringido por la misma causa, á menos que no sea subsecuentemente acusado ante el tribunal ó juez; pero la causa no será la misma:

1º Si despues de una absolucion por defecto de prueba ó por vicio material en la órden de prision, en materia criminal, la persona es detenida de nuevo con prueba suficiente y preso por la misma causa;

2º Generalmente toda vez que la absolucion fuera pronunciada por inobservancia de alguna forma requerida por la ley, la parte puede ser presa si la causa es legítima y si son observadas las formas.

CAPITULO III

DISPOSICIONES PENALES

Art. 37. — Cualquier empleado, funcionario ó persona que tenga detenida una persona y rehuse dar cópia á todo el que la pida de cualquier órden, auto ó providencia ó disposicion, en cuya virtud se detenga en custodia á otra, aún cuando se le ofrezcan los derechos ú honorarios que por ello le correspondan, incurrirá en una multa de cinco mil pesos moneda corriente á favor de la persona detenida.

Art. 38. — Son pasibles de una multa de veinte mil pesos ó de prision por seis meses, ó de una y otra:

1° Todo el que teniendo en custodia algun individuo que con arreglo á las disposiciones de esta ley sea acreedor á un auto de *habeas corpus*, para averiguar la causa de su detencion, trasfiera el preso á la custodia de otra persona, ó lo ponga bajo el poder ó autoridad de otro, ó lo oculte, ó cambie el lugar de su detencion, con el designio ó propósito de eludir la espedicion ó efectos del auto;

2° Todo el que teniendo en su poder alguna persona en cuyo favor se haya espedido un auto de *habeas corpus*, trasfiera dicha persona á la custodia de otro, la coloque bajo el poder y autoridad de otros, ó la oculte ó cambie el lugar de su prision, con el propósito de eludir la notificacion de dicho auto ó evitar el efecto de él.

Art. 39. — Si alguna persona, sea por sí sola ó como miembro de un tribunal ó en ejecucion de alguna órden, sentencia ó procedimiento, á sabiendas confinase de nuevo en prision, ó confinase por la misma causa, escepto los casos señalados en esta ley, á alguna persona presta en libertad por el tribunal ó juez que espidió el auto de *habeas corpus*, ó á sabiendas ayudase á ello,

incurrirá en una multa de veinte y cinco mil pesos moneda corriente á favor de la parte agraviada.

CAPÍTULO IV

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 40. — El cumplimiento de todo auto de *habeas corpus* debe siempre tener lugar en un término de veinte y cuatro horas, si el preso ó detenido no se encuentra á mayor distancia que cinco leguas del punto en que se encuentra el juez ó tribunal que lo ha espedido.

Si estuviese á mayor distancia, se acordará un dia mas por cada cinco leguas que se tuviera que recorrer.

Art. 41. — Los gastos de trasporte de la persona á cuyo favor se haya dictado un auto de *habeas corpus*, siempre que fuera necesario hacerlo, serán á cargo de ella ó del que hizo la peticion por ella, teniendo como satisfacerlos, pero si esto no fuera posible, los gastos serán á cargo del tesoro de la provincia.

VII

DE LA PRISION Y DE FIANZA (1)

I

La conciliacion entre la libertad individual y las exijencias de la justicia social, dice Rossi, es uno de los problemas políticos y lejislativos de mas difícil solucion (2); y como una prueba de ello bastaria examinar el estado de la lejislacion sobre el arresto y la detencion preventiva, una de las faces bajo las que el antagonismo se presenta y la conciliacion es de mas difícil solucion.

Detener un individuo es privarle de su libertad, es imponerle una restriccion que la prueba del delito no justifica, ni una sentencia lejítima la ordena.

¿Cuál puede ser, pues, el fundamento de la justicia social para imponer esta limitacion?

El interés público exije el castigo del delito: el interés particular la garantía de sus derechos; y como la sociedad es un hecho necesario de que no puede prescindirse, no cabe duda entre ella y el individuo, cuando se trata sobre todo de lo que afecta á la existencia de la primera y no estingue ni niega el derecho del último.

La detencion preventiva no es un castigo; se le ha definido muy bien: una injusticia necesaria, un tributo que la comunidad

(1) Pertenece á la memoria citada.
(2) *Cours de droit constitutionel,* t. II, pág. 303.

paga en aquellos á quienes un error propio de la justicia humana ha hecho recaer la sospecha del delito, á fin de evitar con ese sacrificio el mal mayor que ocasionaria la impunidad de muchos delincuentes.

Si se descompone la detencion en sus diferentes elementos, es á la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecucion de la pena y un medio de instruccion; una medida de seguridad pues un primer crímen puede llevar á su autor á cometer otro, y en ciertos casos, sobre todo en los de infraganti delito, la presencia del agente, permaneciendo libre en el lugar del delito, causaria perturbaciones; una garantía de la ejecucion del juicio, pues podria escapar por la fuga al castigo, así como á las reparaciones civiles; un medio de instruccion, porque por una parte la justicia toma una parte de sus pruebas en los interrogatorios y las confrontaciones del inculpado, y por otra parte importa no dejarle el poder de hacer desaparecer los rastros del crímen, sobornar los testigos, concertarse con sus cómplices.

El derecho es, pues, incontestable: la sociedad sea en el interés de su seguridad, sea en el interés de su justicia, puede aplicar la detencion preventiva: obra en virtud del principio de conservacion, que es en general la ley de sus actos.

Pero si el derecho no ofrece duda ¿no debe tener un límite? ¿De que sea legitima, se sigue que no debe ser sometida á ninguna condicion? Es la necesidad que la ha establecido, y ella debe cesar desde que esa necesidad no se encuentra demostrada.

Es la necesidad que la ha establecido. ¿Cuál es su título, en efecto? Como medida de seguridad, es el peligro social; como garantía de la ejecucion del juicio, es el peligro de una justicia desarmada; como medio de instruccion, es el peligro de un procedimiento importante. Así, es la urjencia, es el peligro de las circunstancias, es la necesidad de las cosas que la ha instituido. Ella no tiene otro título. No puede invocar el derecho de la justicia, porque no se dirije contra un culpable, sinó contra un

sospechoso; porque no se funda sobre un juicio, sinó sobre una simple presuncion; porque el derecho de la justicia es precisamente lo que está en cuestion. No puede invocar el hecho mismo de las investigaciones, porque el procedimiento tiene por objeto verificar si este procedimiento es ó no fundado, y por consecuencia, si la detencion tiene ó no causa lejítima. Es, pues, cierto que esta medida no es lejítima sinó porque es necesaria. He ahí la única razon de su institucion, el solo título de su existencia. (1)

Sin embargo, las consecuencias que se derivan de estas consideraciones y que no admiten réplica, si se examina la detencion preventiva bajo el punto de vista del interés de la sociedad, son hasta hoy objeto de controversia. La sociedad, se dice, no necesita restringir la libertad individual para conseguir los fines de la justicia: el sospechado no es el criminal, y mas peligro existe en mortificar un inocente que el dejar en libertad al que puede ser culpable, que al fin buscará en tierra estraña la garantía contra el castigo; pero si la justicia ha de ser una verdad, si la sociedad tiene el derecho de imponer una pena al que infrinje sus leyes y atenta á su propia conservacion, y sus intereses han de permanecer arriba de los intereses particulares, facilitar al criminal la impunidad sería negar la eficacia de las mismas garantías que se procura conservar.

No: los derechos individuales existen en todo su desenvolvimiento miéntras el interés social no reclama su limitacion; y la garantía de ambos debe buscarse, no en la absorcion completa de los unos por los otros, sinó en las limitaciones respectivas en cuanto son necesarias para llenar los fines que en la vida civil están llamadas á llenar. Una exencion absoluta de la prision en todos los casos, dice Blackstone, en el mismo libro en que revindica para todo hombre el derecho de la libertad individual,

(1) Faustin Helie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. V.

es una cosa incompatible con toda idea de derecho y de sociedad política; si esta exension fuese admitida, sería imposible protejer el derecho y la sociedad y toda libertad civil sería insensiblemente destruida. (1)

El arresto y la detencion nacen de la necesidad: cesando la necesidad, toda medida de esta naturaleza es una limitacion inútil y perjudicial, que la justicia social no tiene derecho á imponer. ¿Cómo alcanzar el límite de la necesidad? ¿Cómo apreciar en reglas generales, cuando la necesidad existe, cuando la simple investigacion basta para llenar los fines de la justicia, para hacer efectivas las responsabilidades que el hecho criminal ha hecho nacer? ¿Cómo conocer la trascendencia de un hecho, simple en las primeras investigaciones, grave y de consecuencias funestas en el curso de los debates?

O se deja al arbitrio judicial la apreciacion de los hechos en cuanto á los delitos que requieren la detencion preventiva, ó se designan los delitos en que la detencion puede ser suplida por otra garantía, por la fianza, por ejemplo. ¿Cuál es el camino á seguir? La opinion general acepta este último y dentro de él la legislacion hace mas ó menos concesiones, segun las tradiciones y las costumbres de los pueblos.

Asi, en Inglaterra y Estados Unidos, la libertad bajo fianza es la regla general. En Inglaterra puede ser ordenada por todos los hechos criminales, aun por aquellos que son deferidos á los assises; y se esceptúan solamente los crímenes calificados *treason;* y aun por estos crímenes, el secretario de Estado y la Córte Superior de Justicia (King's Bench) pueden dar la órden de acordar la libertad bajo fianza á pedido del acusado y segun las circunstancias del hecho (2). Admitir generalmente la fianza por crímenes tan graves, dice Blackstone, seria una medida

(1) *Commentaires sur les lois,* livre III, cap. VIII.

(2) Véase BERTRAN, *De la détention préventive en France et en Angleterre.*

que facilitaria los medios de eludir la justicia pública; y sin embargo, hay casos, aunque raros, en los que seria duro é injusto detener un hombre en prision, aun cuando fuera acusado de la accion mas criminal. Tambien la ley ha previsto esto, atribuyendo á una sola córte el poder discrecionario de admitir la fianza en cualquier caso. Sin embargo, se esceptúan para esta alta jurisdiccion y por consiguiente para todos los tribunales inferiores, las personas presas por órden de una de las cámaras del Parlamento durante la sesion; ó por órden de una de las córtes reales superiores, por ultraje ó desobediencia á la córte ó á los magistrados que la componen. (1)

En Estados Unidos, Nueva York por ejemplo, la libertad bajo fianza no solo es discrecional como en Inglaterra, sinó aun obligatoria: obligatoria cuando se trata de delitos ó crímenes no sometidos al conocimiento del Jurado; discrecional cuando se aplica á delitos no esceptuados espresamente como los que merecen pena capital, ya por haberse producido la muerte ó por ser consecuencia de los hechos que se examinan (2). «Nuestras viejas leyes sajonas, dice Laboulaye, que vos encontrais duras y yo hallo justas y suaves, siempre cuidan de tratar bien á la libertad. Escepto los crímenes atroces, ellas atacan la bolsa, no á la persona culpable. Si el verdadero medio de contener al hombre arrastrado por la pasion, es ponerle delante la responsabilidad que le espera, nada vale lo que las penas pecuniarias: creed en la esperiencia. Hay paises donde el adulterio es una gracia; la falta de fé, un juego permitido; el duelo, una proeza que honra hasta al malvado. Entre nosotros no se seduce ni á la mujer ni á la hija del vecino, ni se mata á las gentes para reparar la injuria que se les hace. ¿Por qué? Por la muy pro-

(1) *Commentaries*, lib. IV, cap. XXII. — Véase STEPHENS, *Commentaries*, vol. IV, lib. VI, cap. XVI y XVII.

(2) *The code of criminal procedure*, tít. XI. Véase tambien, PASCHALS, *Law of Texas*, art. 2725.

sáica razon de que cada una de esas amables locuras, cuesta quince ó veinte mil dollars. Nadie tiene interés en arruinarse para ser la fábula de la ciudad, y lo que es peor aun, un objeto de burla.

« Tal es la ley cuya fuerza y sabiduría ha consagrado un uso diez veces secular. ¿Pero qué hacer cuando el condenado no tiene nada? ¿Debe dársele al pobre un privilegio de impunidad, sacrificar la libertad por amor á la uniformidad? Nuestros antepasados han decidido y nosotros hemos conservado su máxima: el que no puede pagar con su bolsillo, paga con su piel; *luat eum corio*. Entre nosotros la multa es la regla, la cárcel la escepcion. ¿Por qué? Porque la libertad es el principio, y á decir verdad, la cárcel no es sinó un medio de ejecucion contra un deudor insolvente.

« ¿Qué veis de injusto en todo esto?

« Hay dos especies de igualdad: la una que no conviene á las sociedades humanas, — es la igualdad material y brutal que no toma en cuenta ni la edad, ni el rango, ni la fortuna. Las mismas penas en condiciones iguales, es la igualdad absoluta, es decir, la suprema injusticia. La otra igualdad es la que proporciona el castigo, — no segun la definicion del delito que no es sinó una palabra, sinó segun el acto mismo y segun la persona del culpable. Al rico una fuerte multa, al pobre una multa suave, y en defecto de pago algunos dias de prision, — es una ley en que tanto la justicia como la igualdad verdaderas se encuentran consultadas, no menos que la libertad.» (1)

En Francia la libertad simple es la regla, la libertad bajo fianza la escepcion; la prision preventiva es prodigada, la instruccion secreta busca mas bien culpables que inocentes; las penas casi todas corporales antes que pecuniarias (2); y en Bélgica la li-

(1) *Paris en América*, pag. 167, trad. Mansilla y Sarmiento.
(2) Cluslus, *De la détention préventive*, pág. 133.

bertad es de derecho comun con raras escepciones, en materia correccional; en materia criminal, el derecho comun es la prision preventiva; sin embargo, cuando el título de la acusacion no trae sinó una pena infamante, el juez de instruccion puede con la conformidad del ministerio público, dejar el inculpado en libertad. (1)

En España para proceder al arresto y la detencion de una persona, es preciso que el delito que se le atribuya tenga señalada una pena mas grave que la de confinamiento menor, ó arresto mayor segun la escala establecida, con escepcion del delito de vagancia y la prision por vía de sustitucion ó apremio; y en los delitos penados con prision correccional ó presidio de igual clase, permanece el reo en libertad al prudente arbitrio del juez, segun las circunstancias del hecho; si diere fianza de 100 á 500 duros en depósito, ó de 500 á 2000 duros en fincas bajo la responsabilidad de escribano que otorgue la escritura, esceptuándose en todo caso los delitos de robo, hurto, estafa, atentados y desacatos contra la autoridad, y los reos de lesiones graves ó menos graves, mientras no resulta la sanidad del ofendido (2). La reforma que hoy se propone no admite fianza ni fiadores de cárcel segura, sinó á los procesados por delitos leves, á cuyo cumplimiento se estima lo bastante el temor de perder la fianza. « Por estas consideraciones, dice la Comision de Códigos en su informe, no se sostituyó con ella la prision preventiva, sinó en los delitos cuyas penas fuesen confinamiento menor, arresto mayor y destierro; y para que la ausencia del procesado no embarazara el curso del proceso en otros casos, en que tampoco es necesaria la prision, por no ser eludible la pena con la fuga, se le prescribió la obligacion de presentarse á sus jueces en los pe-

(1) Ley de 18 de Febrero de 1852. En este año las Cámaras belgas se han ocupado de la detencion preventiva, reformando la ley citada: no conocemos, sin embargo, el nuevo testo.

(2) Ley provisional para la aplicacion del Código Penal de 1850.

ríodos que estos les señalaran, so pena de ser reducido á prision cuando dejara de hacerlo. Fuera de este caso y de los delitos últimamente aludidos, ó la prision no debe ser sustituible ó no debe decretarse prision alguna. Sucede lo primero segun el proyecto en los delitos castigados con penas aflictivas, ó con las correccionales de prision ó presidio; tiene lugar lo segundo en las demás penas correccionales y en las leves. (1)

No existiendo en Alemania la unidad del derecho de procedimiento criminal, la legislacion sobre el arresto y detencion preventiva sufre diversas alteraciones. Hay paises en que rige todavía, con diferentes modificaciones, lo que se llama el derecho comun aleman de procedimiento inquisitorial: tales son los dos Meklemburg y los dos Lippe. En algunas partes del imperio, sobre todo en algunas provincias del Rhin de la Prusia, de Baviera y de Hesse, así como en la Alsacia Lorena, se sigue en sus partes esenciales el código francés de instruccion criminal. En fin, hay mas de una docena de códigos en vigor en los diferentes Estados, pero todos se relacionan mas ó ménos en su conjunto á los principios del procedimiento francés, separándose en los detalles.

Segun el nuevo código proyectado, la detencion preventiva será aplicada no solamente para impedir la fuga del inculpado, sinó tambien cuando hay temor que este « borrando ú oscureciendo los rastros del hecho, ó enredando los testigos ó los cómplices, no haga el exámen mas difícil »; especie de detencion por temor de colusion que en Baviera, en la ley complementaria del Código Penal (26 de Diciembre de 1871), ha sido limitada contra las personas « que han influido sobre los testigos ó cómplices para impedir el descubrimiento de la verdad ». (2)

El primer Congreso jurídico italiano reunido en Roma en

(1) Memoria histórica de la Comision de Codificacion, pág. 53.
(2) A. Geyer, *Revue de droit international*, 1873, pág. 421.

Noviembre de 1872, se ocupó del arresto y detencion, y las soluciones propuestas por el miembro informante Florenzano, para que fuere estendido el beneficio de la libertad provisoria hasta los crímenes castigados con el primer grado de trabajos forzados, y para que durante la instruccion del proceso se limitara la detencion preventiva á un término supremo de seis meses para las infracciones de fácil instruccion y de un año para las mas difíciles y complicadas, fueron vigorosamente combatidas y aplazadas al estudio de Congresos futuros. (1)

En este estado de la legislacion en los pueblos mas adelantados y regidos por la legislacion inquisitorial de las antiguas leyes que hacen del secreto la base del juicio criminal y de la prision el sistema uniforme en todo delito castigado con una pena corporal, han sido consagrados los principios liberales de la Constitucion recientemente reformada.

Segun el artículo 13 « nadie podrá ser detenido sin que preceda al ménos una indagacion sumaria que produzca semi-plena prueba ó indicio vehemente de un hecho que merezca pena corporal, ni podrá ser constituido en prision sin que preceda órden escrita de juez, salvo el caso *infraganti* en que todo delincuente puede ser arrestado por cualquier persona y conducido inmediatamente á presencia de su juez »; y segun el artículo 18, será eximida de prision toda persona que diere fianza suficiente para responder á los daños y perjuicios, fuera de los casos en que por el delito merezca pena corporal aflictiva cuya duracion esceda de dos años.

Para acostumbrarlos á pensar mas que en las garantías individuales en asegurar el ejercicio de la justicia penal, las nuevas prescripciones han encontrado las resistencias consiguientes. Ellas, sin duda, desaparecerán cuando su aplicacion por los tribunáles demuestre que la prision no es el medio

(1) E. VIDARI, *Revue* citada, 1873, pág. 619.

eficaz de conseguirlo, y que la justicia social no necesita para ello sacrificar la libertad individual.

Sin embargo, no basta fijar el principio que garante el derecho individidnal, es necesario tambien que los tribunales tengan designado el camino que deben seguir para hacer efectivas esas garantías, sin detrimento de la justicia ; y para conseguirlo es que hemos formulado el proyecto de ley que trascribimos á continuacion. (1)

II

El Senado y Cámara de Diputados.

Artículo 1°. — La fianza que autoriza el artículo 18 de la Constitucion puede ser : Obligacion legal otorgada por persona que justifique responsabilidad en bienes raices ó de otro género, en que pueda recaer inhibicion efectiva ; Depósito judicial de suma de dinero á las resultas del juicio; Embargo de bienes libres suficientes, presentados al efecto por el encausado ; Una misma persona no podrá otorgar mas de dos fianzas en cada Departamento Judicial, miéntras no sean canceladas.

Art. 2°. — A los efectos del artículo anterior se establecerá un registro especial de estas fianzas en cada Departamento Judicial. La Suprema Córte de Justicia designará los funcionarios encargados de dichos registros y la forma en que deben llevarse.

Art. 3°. — La escarcelacion bajo fianza puede pedirse siempre que el hecho que motive la prision designada en el auto que la ordena, tenga solo pena pecunaria ó bien corporal cuyo máximo señalado, en la ley no esceda de dos años de prision ó una y otra conjuntamente.

(1) Suprimimos el Proyecto á que se hace referencia, colocando en su lugar la ley dictada por la Provincia de Buenos Aires.

Al efecto deberá darse vista al Ministerio Público para establecer si es caso de escarcelacion bajo fianza.

Art. 4°. — Cuando la pena del delito está librada al arbitrio del Juez, la peticion de fianza no podrá trasmitirse sinó despues de concluido el sumario con audiencia del acusador público y particular si lo hubiese.

Art. 5°. — En todos los casos en que se pida la escarcelacion bajo fianza, la duracion del sumario no podrá esceder de cuarenta dias contados desde la peticion de fianza.

Art. 6°. — El Ministerio Público, el acusador particular y el Juez deberán espedirse cada uno de ellos en las peticiones de trámite para otorgamiento de fianza, dentro del término de cuarenta y ocho horas, constituyendo su omision, falta en los funcionarios públicos, y reparacion de los perjuicios en el particular.

Art. 7°. — La fianza responde de las costas del juicio, del importe de la pena pecuniaria ó del equivalente en dinero de la pena corporal, y de la indemnizacion por daños y perjuicios al particular damnificado, debiendo reclamarse esta última ante el Juez Civil correspondiente.

Art. 8°. — Toda fianza otorgada se hará saber al Consejo General de Educacion, á fin de que intervenga si lo considera conveniente para hacer efectivos los derechos que le acuerda el inciso 2°, artículo 62, de la Ley de Educacion Comun.

Art. 9°. — Al pronunciarse el Juez admitiendo la fianza, fijará la suma porque se constituyó; y no se efectuará la escarcelacion sin que prévio certificado de la oficina establecida por el artículo 2° se haya declarado suficiente la ofrecida, otorgándose la respectiva escritura verificada la anotacion y embargo, cuando se trata de bienes raices ó fondos públicos ú otros títulos de renta ó quedando consignada en el Banco á la órden del Juzgado, cuando esta consista en suma de dinero.

Art. 10. — En cualquier estado del juicio puede sustituirse una fianza por otra de las indicadas en el artículo 1°.

Art. 11. — Las condenas corporales en causas de escarcelacion bajo fianza, pueden sustituirse por penas pecuniarias en razon de una suma prudencial por cada dia de prision que fijará el Juez tomando en consideracion la renta, profesion ú oficio del encausado, no pudiendo ser menos de 30 pesos por dia, ni mayor de 150 pesos.

Art. 12. — El auto que degenare la encarcelacion ántes de terminado el sumario no causa instancia y el reo no puede gestionarla nuevamente y el Juez decretarla cuando aparezca que el caso entra en los términos de la ley.

Art. 13. — El término para apelar en resoluciones sobre escarcelacion es de tres dias, y el recurso solo se otorgará en relacion.

Art. 14. — Toda causa en que haya escarcelado bajo fianza será sentenciada ántes de los cincuenta dias siguientes al otorgamiento de la fianza; pero sin imputar en él el término probatorio y el de los incidentes que impidan la prosecucion del juicio en lo principal.

Art. 15. — La sentencia condenatoria, luego de pasada en autoridad de cosa juzgada, se hará saber tambien al fiador, si lo hubiese, y al Consejo General de Educacion, y diez dias despues se harán efectivas las costas y la pena pecuniaria fijada por la ley. Si la pena fuese corporal se convertirá en pecuniaria en el caso y con los requisitos del artículo 12.

Art. 16. — Cuando por cualquier causa cesase el defensor del escarcelado, el Juez lo sustituirá inmediatamente con el Defensor de Pobres, quien desempeñará las funciones, mientras no sea cambiado á peticion del procesado.

Art. 17. — Trimestralmente pasará todo Juez, que tenga ante sí causa ó causas de escarcelados, una noticia de su estado al Consejo General de Educacion y Corte Suprema.

Art. 18. — No podrá solicitarse escarcelacion bajo fianza, cuando concurra la causa agravante de reiteracion.

Art. 19. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Dado en la Sala de Sesiones de la Lejislatura de la Provincia, á los dos dias del mes de Julio de mil ochocientos setenta y ocho.

MANUEL GACHE. — JUAN C. BELGRANO.

Cárlos Alfredo D' Amico.
Secretario del Senado.

B. Artayeta Castex.
Secretario de la C. de DD.

Julio 4 de 1878.

Cúmplase, acúsese recibo, comuníquese á quienes corresponde, publíquese é insértese en el Registro Oficial.

TEJEDOR.

SANTIAGO ALCORTA.

VIII

LA LEY MARCIAL

I

« . . . .

El artículo 3° del decreto de 4 de Marzo dice así:

« Todo ciudadano que tome las armas para resistir con el Gobernador de San Juan las resoluciones de las autoridades nacionales, será considerado en rebelion contra ellas y por lo tanto sujeto á las leyes militares que rijen el caso.

Esta era ley militar aplicada á la milicia contra la jurisprudencia constitucional de Kent; la ley marcial proclamada contra la letra y el espíritu de la Constitucion; es la jurisdiccion y la competencia militar aplicada á delitos políticos y á delitos comunes contra el testo espreso de la ley de justicia federal.

La lógica del discurso y la corriente de la palabra, me lleva á tocar una cuestion que la comision habia acordado prescindir á indicacion mia antes de ahora.

Aunque en este punto de la ley marcial estaba yo apasionado, como lo declaré entonces y lo declaro ahora, habria hecho el sacrificio de no hablar de él, imponiendo silencio á mis mas hondas convicciones.

Fiel á este propósito me habria limitado á hacer notar la transgresion de la ley y aún á pasar por alto un decreto que no habia tenido ejecucion en San Juan, y habia sido revocado. Habría prescindido tambien de otro acto que con este decreto

se liga, que es la tentativa de aplicar la misma ley á los presos políticos tomados en Salta, porque desde que la Suprema Córte de Justicia federal lo habia correjido, no habia para que. Pero en presencia de la sangre derramada en San Luis, ante las declaraciones que se han hecho sobre el cadáver de Zacarias Segura y las leyes que se han invocado para justificar tal ejecucion, yo no puedo guardar silencio.

Sean palabras aceptadas por la comision ó dichas en mi nombre y bajo mi sola responsabilidad, yo las profiero obedeciendo á la voz imperiosa de mi conciencia, y declaro que la ejecucion de Zacarias Segura en San Luis, es un verdadero asesinato!

No quiero exaltarme, mi espíritu está sereno y hablo tranquilamente.

La ejecucion de un preso ó prisionero, sea ó no delincuente político, sea bandolero ó belijerante, yo la califico de tal, y me ratifico en esta palabra, pidiendo que se inserte en el acta de este dia.

Es un asesinato, porque todo hombre que no es muerto por sentencia de su juez natural, está mal muerto; y porque, aún cuando pueda serlo con motivo, no lo es con justicia y con legalidad. La administracion de justicia en lo criminal, ha sido establecida, para garantir la seguridad de los que viven tranquilos en su hogar; pero tambien, y muy principal y directamente, para garantir la vida de los desgraciados que caen bajo su jurisdiccion.

Los tribunales y los jueces han sido instituidos para juzgar los delitos y sentenciar los criminales con arreglo á las leyes.

Las leyes militares solo rijen á los militares. Aplicarlas al castigo de delitos comunes ó de individuos que no corresponden á su jurisdiccion, es lo que se llama la aplicacion de la ley marcial, aunque esta no se proclame abiertamente, y lo que constituye el asesinato es hacerlo, y hacerlo en tiempo de paz.

Eduardo Coke, el oráculo de la jurisprudencia inglesa, lo ha

dicho hace doscientos años : « Si un lugar teniente ú otro mu-
« nido de comision ó autoridad militar, ahorca ó de otra manera « ejecuta en tiempo de paz á un hombre so color (by color) de « ley marcial, esto es un asesinato (this is « murder » Coke 3 Inst.).

Blackstone, el profundo comentador de las leyes inglesas, repite esto mismo que complementa é ilustra. (Blackstone, tom. 2º pág. 167, ed. de Chr.).

La convencion republicana de Maryland tambien lo dijo en en 1788 en su declaracion 13 : — « Siendo contrario á la Magna Carta castigar á un hombre libre por la ley marcial, es asesinato ejecutarlo» (and murder to execute him), Elliot, Adrers, etc., tom. 2º, pág. 552.

Sea que la ejecucion se haga aplicando el código militar, sea que se efectúe por un tribunal militar invocando otra ley, el caso es el mismo desde que el reo no corresponda á tal jurisdiccion.

Las Leyes Recopiladas que se han citado aquí para demostrar la competencia de los consejos de guerra en el caso en cuestion, y que se han desenterrado para justificar implícitamente la ley marcial, y directamente la ejecucion de Zacarias Segura en San Luis, son muy conocidas por todos los hombres que han gobernado entre nosotros. Nunca ha faltado algun letrado oficioso que los llevase al bufete del mandatario para enseñarle que con ellas en la mano podia matar á sus enemigos políticos con solo calificarlos de bandidos ó bandoleros ; pero felizmente hasta hoy todos los gobernantes han tenido á este respecto la mas difícil de todas las energías, la de la moderacion. Ellos han desoído esos consejos, han puesto á un lado esas viejas leyes y han entregado los delincuentes á sus jueces naturales, porque han entendido que con ese instrumento ellos no podian matar, porque esa no era la cuchilla de la ley.

La Ley Recopilada de 1784 que se ha hecho valer, fué dada

por el rey de España, en virtud del poder absoluto que tenia para alterar los fueros, cambiar las jurisdicciones cuando la justicia se administraba en su nombre y por su órden, del mismo modo por tribunales ordinarios, que por consejos de guerra ó comisiones especiales. Esa ley dictada contra reos contumaces que se consideraban como bestias feroces, tuvo por objeto suprimir un desórden local y parcial con los medios del absolutismo, á la manera de don Pedro el Cruel, que mandaba colgar á los mismos jueces prevaricadores en su tribunal, dando formas brutales, caprichosas y repugnantes á la justicia. Ellas, despues de producir los resultados que producen siempre el terror y la violencia en países esclavos y mal gobernados, estuvo en desuso hasta 1801, en que se renovó, y no recuerdo si tambien en 1804. En 1821 volvió á resucitarse con otras formas, primero para castigar por medio de los consejos de guerra á todos los que conspirasen contra el rey constitucional, y despues para castigar á todos los que hablasen en favor de la Constitucion despedazada por el rey absoluto. (V. Féliz de la Peña. P. militar).

La ley dada en su orígen contra los bandoleros de caminos, sentenciados y escapados de la justicia, y contra los cuadrilleros puestos fuera del derecho comun, llegó á aplicarse al fin á Riego, á Lacy, Porlier, y los que siguieron su gloriosa bandera, para sofocar por medio de los consejos de guerra, el grito generoso de los grandes hombres de la España liberal que se levantaba en aquella época, reclamando sus derechos y libertades. Olvidada por algun tiempo, esa ley volvió á ponerse en vijencia reapareciendo bajo distinta forma, pero en los mismos caractéres, el año de 1836 en que la España fué puesta bajo lo que se llamó el réjimen escepcional, que no era sinó el imperio de los consejos de guerra, ó la ley marcial con otro nombre. En nombre de esta ley, fué sentenciado á muerte Castelar, por un consejo de guerra que entendia de delitos de prensa, y Castelar habla

hoy desde lo alto de la tribuna española, pisando la sentencia de muerte pronunciada contra él, por esas leyes que aquí se invocan para fusilar á Segura.

Señor Presidente : yo no he apoyado el proyecto presentado por uno de mis honorables cólegas, condenando el fusilamiento de Segura, ejecutado por la ley marcial, que antes se habia proclamado en San Juan y que se ha intentado aplicar en Salta, porque no creo necesario promulgar leyes para anular lo que de hecho y de derecho es nulo. Me basta ocupar este asiento y hablar desde él para declarar que esa ley no rige, y para que no rija ya. Está escrito en nuestra ley fundamental, en la conciencia de cada ciudadano, que esa ley no tiene fuerza, ni valor alguno y que basta decirlo para que así sea.

Sin embargo, quiero hacer el debido honor á los señores Ministros que han invocado esas leyes. Debo creer que cuando se dictaron las instrucciones en virtud de las cuales se ha fusilado á Segura por una comision militar, las tuvieron á la vista, y que su error nace de haber tenido mas presente la letra muerta de esas leyes, que la letra viva y el espíritu inmortal de la Constitucion.

Invocando pues la letra y el espíritu de la Constitucion, yo digo y declaro como argentino, como publicista, como militar, que esas leyes son nulas : lo digo y repito como Senador desde mi asiento, y digo que estas palabras tendrán mas fuerza y mas alcance que las declaraciones hechas por los señores Ministros.

Yo desafio...... ó mas bien, no desafio á nadie ! Cuando se trata de la vida y de las garantías mas preciosas del ciudadano, no quisiera herir á nadie. Quiero únicamente inocular mis convicciones en cada uno de los que me oyen ; pero no quisiera que mis palabras fuesen mas allá de mi intencion.

Lo que quiero decir es que, despues de esta simple declaracion, despues de lo que se ha dicho sobre el particular en la interpelacion del otro dia, y despues de lo que se dirá aun,

no habrá gobierno que se atreva á invocar esa ley que sujete los delitos comunes á los consejos de guerra, que en este caso son verdaderas comisiones especiales prohibidas por la Constitucion.

Y si despues de esto, despues de la sentencia de la Córte Suprema que así lo ha declarado en el proceso de los prisioneros de Salta, aun hubiese quien se atreviese á invocarla y ejecutarlas, yo enseñaré á mis conciudadanos que no lo sepan, cómo deben y pueden defenderse contra esa ley nula : les basta levantar en alto la sentencia de la Córte Suprema que los proteje, y ponerse al amparo de la justicia federal que los ampará. Con una palabra y una hoja de papel basta para anular sin necesidad de promulgar leyes, lo que de suyo es nulo. Cuando hablo así no lo hago guiado por un espíritu de arrogancia que no está en mí : hablo con mis santas convicciones, inspirado por el amor á mis conciudadanos que deseo sustraer á tales leyes y tales tribunales.

Sirva esto por mi parte de protesta contra la ley marcial que por tantos años nos ha ensangrentado con distintos nombres y bajo distintas formas, y que se quiere introducir nuevamente entre nosotros.

La ley marcial, señores, ó lo que es lo mismo, el código militar ó la competencia de los tribunales militares aplicada á los delitos comunes con esclusion de las leyes y de los jueces ordinarios ó naturales, no es institucion de pueblos libres.. Puede imperar como un hecho en un momento supremo, pero no es un derecho. Nuestra Constitucion al asimilar á una plaza sitiada el punto donde se declarase el *estado de sitio* ha determinado las facultades de que únicamente puede usarse sin alterar las leyes ni las jurisdicciones en cuanto á las personas. El *estado de sitio* es la negacion espresa de la ley marcial.

Los que quieren aclimatar entre nosotros la ley marcial olvidan nuestra Constitucion, desconocen la naturaleza de esa ley

y no recuerdan los antecedentes del pueblo en que se pretende introducir. Señor Presidente: la ley marcial tal como se nos presenta hoy bajo distinta forma, viene de la Inglaterra por la via de los Estados Unidos.

En su oríjen la ley marcial en Inglaterra fué el arma de los fuertes contra los débiles, y mas tarde un arma de tiranía que sus reyes absolutos emplearon contra el pueblo.

Los que invocan la aplicacion de esta ley, pretendiendo prestigiarla con la nobleza de su orígen inglés, dicen: « La Inglaterra es un país libre y grande, y de allí viene la ley marcial ¿por qué hemos de resistirla? Los Estados Unidos la han heredado ¿por qué hemos de rechazarla? »

En Inglaterra la ley marcial no es lo que se llama ley, sinó la abrogacion de ella, como se ha definido muy bien: no hace parte de su constitucion, y solo en virtud de la omnipotencia de su parlamento se ha proclamado alguna vez, y hoy nadie la sostiene teóricamente en aquella nacion libre, por el contrario es condenada. (*V. American Ciclopedicæ*, vol. XI, pág. 227).

Un acreditado historiador de la Constitucion inglesa (HALLAM, 420) ha dicho: «Por el espacio de dos siglos, á causa de sus abusos, la ley marcial ha estado prohibida en Inglaterra como repugnante al gobierno libre y constitucional».

El Juez Woodbury, autor del dictámen en disidencia de la famosa sentencia de Taney de que hablé ántes, dice estas palabras: «En Inglaterra se ha establecido gradualmente que las contiendas civiles no justifican á ningun individuo, ni á los militares, ni al Rey usando de la ley marcial sobre el pueblo». (*Decision de la Córte de E. U. etc.*, t. XVII, pág. 31).

Leeré ahora las palabras de Blackstone, á que me referí ántes de hablar de la opinion de Eduardo Coke. Dice: « La necesidad del órden y de la disciplina en un ejército puede solo autorizar el código militar, y es por esta razon que no debe estar en vigor en tiempo de paz, en que las Córtes Reales es-

tán abiertas á todos para obtener justicia conforme á las leyes del país. Así, Tomás, conde de Lancaster, habiendo sido condenado en Pontefract, con arreglo á las leyes militares en el XV año del reinado de Eduardo II, su condenacion fué anulada, porque este juicio habia tenido lugar en tiempo de paz. Y ha sido establecido, que si un lugar-teniente ú otros, autorizándose de una comision militar, hace ahorcar ó ejecutar de cualquier otra manera á un hombre cualquiera en virtud de las leyes militares, es culpable de asesinato, porque procede contra la Magna Carta». (Cap. XXIX, t. II, pág. 157, ed Chr).

El mismo Blackstone dice: «Cuando Cárlos I posesionado del trono trató de.... aplicar la ley marcial en tiempo de paz y otras vejaciones sobre el pueblo, se ennegrecieron los primeros momentos del reinado de este príncipe mal aconsejado», (tom. 6º, pág. 399, id.) y el gran historiador Macaulay lo confirma.

Con referencia al caso citado por Blackstone, dicen Hallan y Woodbury: «Thomas, conde de Lancaster, tomado en abierta insurreccion fué juzgado por la ley marcial, y esto, *aún durante* la insurreccion fué calificado de asesinato, porque tuvo lugar en tiempo de paz y mientras las córtes de justicia estaban abiertas». (Decis. de la Corte de E. U. tom. XVII, pág. 31).

Me permitiré leer todavia otra cita de Woodbury en el mismo tomo 17, pág. 32 de las Decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que es de sentirse no se halle en la biblioteca de los Sres. Ministros, porque así podrian comprobar la fidelidad de mi traduccion. Dice Woodbury: «En Inglaterra durante siglo y medio, la ley marcial no ha sido autorizada, y solo en virtud de estraordinarias exijencias y esto con varias restricciones, siempre bajo la base de que tal acto no era arreglado al bill de los derechos y constituciones, y que solo era sancionada en virtud de la omnipotencia parlamentaria, y esto temporariamente. Así, despues que varias autoridades civiles fueron derro-

cadas en varios puntos, cuando el estruendo de las armas habia alcanzado el mas alto grado posible en una conmocion civil, un parlamento ilimitado en sus poderes, y proveyendo únicamente á los medios de guerra, aventuró *in estremis*, y por dos ó tres ocasiones la aplicacion de la ley marcial *á los que no eran militares;* pero limitándolo á determinados lugares en que existia la resistencia, y abrazando en su alcance únicamente á los hombres en armas».

Decia, pues, que la ley marcial no era ley, que no era institucion de pueblo libre, que la Inglaterra misma no la reconoce como buen medio de gobierno, y que aún cuando allí hubiera producido algunos buenos efectos, entre nosotros, dado nuestro estado político y social, dados nuestros antecedentes y las pasiones rencorosas á que tal medida daria pávulo, la competencia de los consejos de guerra en delitos políticos seria como en otro tiempo la guerra á muerte entre los partidos disidentes, y la ley marcial, la bandera roja de esterminio.

La ley marcial en los primeros tiempos fué aplicada en Inglaterra en 1588 por la reina Maria condenando por ella á muerte á los herejes que tuviesen libros prohibidos y no los presentasen sin leerlos, y esto por una simple proclamacion: (FITTER, *Military Law*, pág. 50, *apud Woodbury)* ni mas ni menos que como se ha hecho alguna vez entre nosotros en tiempos que felizmente pasaron para no volver mas.

Despues de esto, la ley marcial ha estado abolida por la opinion y el derecho consuetudinario y no se ha usado de ella como medio de Gobierno ni aún en las mas dificiles circunstancias porque ha pasado aquel país, y esto hace cerca de dos siglos que dura, como lo he hecho ver. En este transcurso de tiempo solo una vez se ha empleado como medio de guerra estremo con motivo de la insurreccion de Irlanda en 1796, y esta limitada á ciertos casos, con facultades determinadas, considerando al Ejército desempeñando un *passe comitates* en nombre de la auto-

ridad civil. Todos los comentadores y publicistas de la Gran Bretaña, y Stuart Mill á la cabeza de ellos, piensan que el Gobierno inglés que usase de tal facultad aplicándola al pueblo, produciría una revolucion en Inglaterra, porque el pueblo inglés no toleraría su ejercicio. Como lo observa aquel notable pensador.

« En la constitucion británica, cada uno de los tres miembros combinados, de la soberanía está investido de poderes, que si los ejerciese plenamente, lo harian capaz de detener todo el mecanismo del gobierno ». (STUAR MILL, *Gob. Representativo* pág. 104).

La ley marcial repudiada en la tierra natal, ha penetrado en un pueblo libre como los Estados Unidos, y se ha teorizado sobre una institucion que responde á las exijencias de buen gobierno. Pero todos los comentadores de la constitucion norte americana, sin escepcion, han pensado que no se deducia lógicamente del testo de ella, y que las facultades que esta dá son inconciliables con las libertades públicas y con la existencia de la constitucion misma, que debe ser la regla de todos los tiempos: « la regla de la paz y de la guerra», como ha dicho la Corte Suprema de los Estados Unidos, en una sentencia reciente destinada á ser inmortal.

Los que mas lejos han ido en este punto, han dicho que solo por implicancia puede deducirse que la ley marcial sea aplicable á los Estados Unidos, por cuanto la suspension del *habeas corpus* en Inglaterra traia aparejada esta facultad en tiempo de guerra, y esto con autorizacion del parlamento.

Así es que cuando estalló la gran insurreccion del Sur, el Presidente Lincoln en virtud de haber decretado la suspension del *habeas corpus* (hecho que por la primer vez tuvo lugar en setenta y cinco años de vida constitucional), se consideró de buena fé autorizado á declarar la ley marcial, y la declaró. Por esta puerta falsa penetró la ley marcial á los Estados Unidos.

Los lejisladores americanos fueron de sentir (y tal es la doctrina que ha prevalecido) que era facultad privativa del Congreso autorizar la suspension del *habeas corpus*, y las medidas que son su consecuencia.

El Presidente Lincoln exajerando su responsabilidad habia exajerado tambien sus facultades en presencia del gran peligro porque pasaba la union, y guiado por un noble propósito tomó sobre sí dictar la medida autoritativamente en virtud de los derechos de la guerra. El Congreso, sin embargo de hacer justicia al móvil patriótico del presidente, no quiso aprobarlo ni reprobarlo, y manteniendo sus prerogativas dió lo que se llama un bill de indemnidad que cubria al presidente, prohibiéndole implícitamente proceder del mismo modo en lo futuro.

La opinion pública siempre protestó contra la ley marcial de aquel país. Ella ha sido resistida por los medios legales en los Estados, aún en aquellos Estados leales que han sido teatro de la guerra y que conservaban sus tribunales abiertos. Ultimamente, pasado el peligro, vueltos todos á la calma de la razon, la conciencia pública reacciona enérgicamente contra la teoría en que se basa la ley marcial, y la jurisprudencia de la Corte Suprema la condena haciendo triunfar una parte de la buena doctrina.

Insisto sobre este punto que se liga únicamente al asunto de que tratamos, por haberse intentado introducir parcialmente la ley marcial en San Juan, porque, aún cuando pudieran aducirse argumentos para demostrar que habia un viso de legalidad que justificase el ejercicio de tan peligrosa facultad, es necesario que no olvidemos que estamos en la República Argentina, gobernando y legislando para los argentinos.

Señor Presidente, la ley marcial en sus formas esternas, es decir la competencia de la potestad militar para disponer de la vida, ha sido la dura ley de la guerra civil. Este es el hecho brutal contra el cual venimos reaccionando de tiempo atrás, y contra

el cual reaccionamos pacíficamente cuando se quiere elevarlo á la categoría de principio y regla de buen gobierno. Precisamente cuando decimos en nuestra Constitucion que no se matará por causas políticas, hemos querido cerrar para siempre aquel período luctuoso y sangriento en que tan nobles víctimas fueron sacrificadas por el derecho implacable de la espada del vencedor y del cuchillo del verdugo.

No olvidemos, señores, que el significado político de nuestras luchas no es siempre el derecho, y que existen causas latentes y situaciones fatales que sin darle razon, les dá razon de ser; y á veces la victoria ha coronado al que al principio combatia por instinto y sin bandera. No criemos esas situaciones, ni agravemos esas caúsas, que bastante trabajo tenemos con las existentes. Pretendiendo poner en vijencia leyes como la que nos ocupa, es como se puede dar bandera contra la Constitucion.

A la Administracion actual le ha tocado una época sinó del todo feliz, porque todavia nos falta mucho para serlo, por lo menos una época en que las fuerzas morales y materiales concurren mas poderosamente á la estabilidad del gobierno y de las instituciones. Este es el fruto de los trabajos pasados, y de las aspiraciones del presente. La autoridad del gobierno y de las leyes se halla sólidamente establecida y se levanta sobre todo siendo obedecidos sus mandatos en todo el territorio, la República está unida, constituida y en paz: las antiguas resistencias han sido quebradas, y los viejos caudillos han quedado sin bandera, y lo que es mas, sin bandera que inventar. No hay razon, causa, ni pretesto que se pueda hacer valer contra tal situacion si nosotros mismos no nos encargamos de crearla.

Si en condiciones tan propicias, en vez de aquietar las pasiones desarmadas promovemos la alarma, si en vez de cultivar los sentimientos de humanidad y tolerancia los enconamos levantando una bandera de guerra á muerte; si decimos que todo el que haga armas es bandolero, que el que caiga prisionero debe

ser juzgado por leyes militares y que debe morir á manos de los consejos de guerra, nosotros mismos damos la mas terrible de las banderas á los caudillos que por fortuna hoy decaen; pero que brotarian del polvo de los muertos. No digo que esto suceda hoy, ni mañana, porque felizmente las fuerzas morales y conservadoras de la sociedad, gravitan en el sentido del órden; pero establecido el antagonismo, la lucha puede venir, y puede tener razon de ser con una enseña de derecho de que hoy carece.

Así, pues, no es un espíritu de crítica lo que me anima en este caso, sino el deseo sincero de ver consolidada la situacion, evitando tropiezos á los que la presiden, y alejando de la cabeza de mi país males inmensos que pueden afligirlo si no procedemos con la prevision del hombre de Estado, bajo las inspiraciones del patriotismo y con arreglo á la Constitucion. (1)

II

(2) . . . .

Debiera dar aqui por terminada esta esposicion del derecho que se ventila en la cuestion de competencia, si no me sintiera irresistiblemente inclinado, á agregar algunas palabras mas, para rechazar con toda la energía de mis convicciones la existencia de una ley marcial que no tiene base alguna en nuestra legislacion, ni reconoce antecedente en nuestras costumbres.

(1) Discurso pronunciado en la Cámara de Senadores del Congreso por el General D. Bartolomé Mitre, en la discusion sobre el proyecto de ley ordenando la intervencion en la Provincia de San Juan en 1869. Publicacion oficial, pág. 35.

(2) Lo que se transcribe aqui es la segunda parte del Informe en derecho presentado por el distinguido jurisconsulto Dr. D. José Maria Moreno, ante la Córte Suprema de la Nacion, en 24 de Mayo de 1875, como defensor de algunos de los militares complicados en la revolucion de Setiembre de 1874.

Con ese nombre verdaderamente fatídico en la historia de los pueblos libres, se designa una situacion de hecho, que suprime todo derecho civil y politico, y somete los hombres y las cosas á la voluntad del comandante en gefe de un ejército en operaciones de guerra. Tan absoluta autoridad no está conferida por ley alguna escrita; se hace derivar por implicancia de las funciones propias al comando de los ejércitos y á la direccion de la Guerra; se la estiende á todas las circunstancias, casos ó materias que puedan interesar ó relacionarse con el objeto, los medios ó los resultados de las operaciones militares; no reconoce en fin otras limitaciones, ni mas reglas deducidas que las del criterio propio del que la ejerce, y de la opinion que juzga *a posteriori*, segun los principios de la razon natural, aplicados á las condiciones particulares de cada caso.

¿Cuál es el legislador que ha constituido tan omnímoda autoridad, dictando, una ley cuyos términos precisos no se conocen, cuyos principios se ignoran, que no contiene reglas de aplicacion, que no determina procedimiento, que no impone responsabilidad, que no consagra limitacion de poder?

El legislador omnipotente de la necesidad y del hecho, se ha respondido cuyo poder ilimitado, solo conoce una valla, la fuerza, cuya responsabilidad, solo puede hacerse efectiva ante un solo tribunal, la conciencia de la humanidad ó la opinion pública.

Sabemos, Exmo. Señor, que la necesidad, carece de reglas fijas, tratándose de las acciones de los hombres que deben adaptarse á una línea de conducta trazada de antemano, y que por profunda que sea la sabiduría de la inteligencia humana, cuando se aplica á determinar un conjunto de principios y de reglas segun las cuales debe gobernarse la sociedad civil, jamás podria concebir *a priori*, todos los sucesos que aisladamente y por sí solos, ó acumulados y combinados, podrian ser

dirigidos y dominados por la inteligencia previsora de la ley; y la historia nos enseña que las Constituciones mejor concebidas, las legislaciones mas sabiamente preparadas, han caido con los pueblos que las concibieron y practicaron, al empuje irresistible de hechos combinados, de sucesos imprevistos, que habian profundamente alterado y conmovido las condiciones de existencia social y burlado la prevision del legislador en las tendencias y marchas progresivas de los pueblos.

El hecho se impone entonces irremediablemente, destruyendo ó modificando el derecho actual, dominando al hombre y sus relaciones, con un poder de que no puede libertarse y que le obliga irremisiblemente á fundar en él un derecho nuevo, buscando con afan la relacion moral que liga la nocion de lo justo y de lo injusto, y el hecho ó la necesidad existente.

Pero no tratamos ahora de los resortes por medio de los cuales se conmueven, se minan y caen al fin las Constituciones mas hábilmente preparadas, sinó de la existencia de una institucion que se dice apoyada por la Constitucion misma, que marcha paralelamente con ella, y que no obstante su abierta oposicion, se dice necesaria y aun conveniente para su propio vigor y mantenimiento. Por mas que la ley marcial sea en verdad la negacion de todo derecho, ó por lo menos del derecho escrito y garantido como condicion de la vida civil y política, se pretende sin embargo hacerla derivar de las mismas instituciones con cuya vigencia es incompatible, y se la pretende fundar en la necesidad y en la conveniencia de adoptarla en determinadas circunstancias para la conservacion y vigor de las instituciones que con su imperio conculca y de que es una negacion.

¿Qué es en efecto la ley marcial? No siendo una ley escrita, carecemos de base cierta para apreciar con exactitud su inteligencia y sus límites. La palabra misma con que se la espresa, carece de antecedente, y de espresion en nuestra legislacion;

y nuestra lengua no le atribuye la genuina significacion que le dan los pueblos en que ha tenido orígen y que alguna vez le han dado aplicacion.

Tenemos pues, que preguntar á los escritores de esos pueblos, cual es su importancia, su significacion y su objeto para compararla en seguida con nuestras instituciones y examinar si puede desempeñar un rol legítimo mientras ellas mantengan su imperio.

Blackstone, el profundo comentador de la legislacion inglesa, confunde la ley marcial, con las leyes que rigen el órden y disciplina del ejército y llama Córtes Marciales a los tribunales constituidos para aplicarlas.

De la misma opinion son la mayor parte de los escritores ingleses, y en ese mismo sentido la convencion de Maryland de 1788, en su declaracion 13 decia: « siendo contraria á la Magna Carta, castigar á un hombre libre, por la ley marcial, es asesinato ejecutarlo ».

Eduardo Coke decia tambien en sus instituciones, libro 3: « si un lugar teniente, ú otro empleado munido de la comision ó autoridad militar, ahorca ó ejecuta de otra manera en tiempo de paz, á un hombre so pretesto de la ley marcial este es un asesinato ».

Pero la ley marcial así confundida en su verdadera nocion, vivia como una antigüedad de la jurisprudencia inglesa, que hace mas de dos siglos no la pone en práctica, cuando la guerra colosal en que últimamente se vió envuelta la Union Americana del Norte, ofreció una ocasion propicia á los beligerantes para ponerla en ejercicio como una arma poderosa de guerra; y ocupó el estudio de los jurisconsultos para aplicarla, comentarla y legitimarla.

Como arma defensiva, en medio de los hechos y discordias civiles, la Constitucion solo autorizaba un recurso que si en tiempo de paz pudo parecer eficaz, no bastaba ya á las exigen-

cias de una situacion apremiante, ni convenia á los espíritus dominados por la pasion, en una lucha ardiente.

La suspension del *habeas corpus*, no era un recurso espeditivo, para una situacion estrema; era necesario fundar la autoridad de proceder á arrestos militares, era necesario confiscar la propiedad privada, juzgar las personas por medios fáciles y espeditivos, apoderarse de las cosas, administrar el país en fin, con otros resortes con formas diversas de las establecidas en la Constitucion; y á fin de que el Presidente pudiera gobernar la Nacion, durante la guerra colosal, como un vasto campamento, donde solo imperase la ley de la necesidad; manifestada por la voluntad del Comandante en Gefe, que le dá forma y espresion, se hizo revivir la ley marcial, se la fundó en la Constitucion misma apoyándola en el principio *inter arma silent leges*, y se la entregó á la conveniencia y criterio del Presidente, con independencia absoluta de cualquier otro poder.

Los escritores la definieron entónces diciendo: que consiste en un Código de reglas y principios que regulan los derechos, capacidades y deberes, las relaciones en tiempo de guerra, de todas las personas neutrales ó beligerantes (Whiting, pág. 213), ó que las leyes ó reglas que generalmente rigen el uso de la fuerza, se llaman: la ley militar y marcial, ó las leyes de la Guerra.

En estas definiciones, las leyes militares dictadas por el Congreso, para el réjimen y disciplina del ejército forman parte de la ley marcial que comprende además los principios y reglas adoptadas por el derecho Internacional, para contener el uso de la fuerza dentro de sus justos límites. Pero otros escritores distinguen la ley militar y la ley marcial, dice Pomeroy, « son « enteramente distintas. La primera, es el Código de Ordenanzas « para el gobierno de las tropas solamente, en paz ó en guerra; « es en realidad una parte del derecho civil, aplicable solamente « á una clase de ciudadanos, á los ocupados en tareas militares;

« y es susceptible de ser reducida á reglas y métodos bien definidos, como cualquiera otra rama de legislacion ó derecho comun del país. La constitucion de los Estados Unidos, requiere que sea dictada por el Congreso, del mismo modo y con el mismo efecto y fuerza que cualquiera otra legislacion. Está contenida en ese Código intitulado « Artículo de Guerra ». Esta ley militar no es la fuente del poder estraordinario en cuestion ».

« La ley marcial, es diferente, y por su misma naturaleza, no es tan fácil definir. La mas completa y exacta definicion que yo haya encontrado, la de la *Revista Norte Americana* de Octubre de 1861, en un artículo atribuido á uno de los distinguidos profesores de derecho de la Universidad de Harvard, la cual cito y adopto. La ley marcial es la regla y autoridad militar que existe en tiempo de guerra, y es conferida por las leyes de la guerra, con respecto á las personas y á las cosas que se hallan bajo y dentro del designio de las operaciones militares activas para hacer la guerra, y que estinguen y suspende por el momento los derechos civiles y los remedios fundados sobre ellos en cuanto pueda ser necesario para el pleno cumplimiento de los propósitos de la guerra, quedando la parte que la pone en práctica responsable por cualquier abuso de la autoridad que así se le confiere. Es la aplicacion del gobierno militar — el gobierno militar de la fuerza — á las personas y propiedades dentro del objeto de ella, segun las leyes y usos de la guerra, con esclusion del gobierno municipal, en todos los respectos, en que este enerve la eficacia de la regla y accion militar ». *(Municipal Law*, § 697 y 698).

Esta es la misma definicion que adopta el Juez de Seccion, y segun ella, podemos decir: que la ley marcial, no es mas que el conjunto de reglas que rijen la conducta y determinan las facultades de un beligerante en territorio enemigo, segun los principios del derecho Internacional, y sin duda para apoyarla en

esta ley suprema que rige á las naciones, sientan los que la sostienen, que el Derecho de Gentes, el Derecho Internacional, está arriba de la constitucion de cualquier gobierno, y ningun pueblo podria justificarse por su constitucion peculiar, si violase los derechos de otras naciones.

Suponiendo pues la guerra civil en una nacion, y á los dos partidos contendientes con todos los derechos y obligaciones inherentes á dos naciones beligerantes, resulta que cada uno de ellos tendria el derecho de conducirse en las necesidades de la guerra, segun las reglas del derecho internacional disfrutando de todas las ventajas y recursos necesarios para conseguir los fines legítimos de la contienda.

De este principio en que se funda la ley marcial, se deduce que ella autoriza el desconocimiento absoluto de los derechos civiles y políticos en el territorio ocupado por las tropas de un beligerante, y que las personas, los derechos y las cosas, quedan sometidos á todas las modificaciones que exijan el derecho del beligerante y la necesidad ó conveniencia de las operaciones militares. Se sigue tambien y muy principalmente, la perfecta legitimidad de un gobierno puramente militar que no reconozca otra constitucion ni otras reglas que las establecidas por el Comandante en Gefe, cuyo poder de dominacion se estiende á todo el radio ocupado por las operaciones militares que de él dependen. En este sentido está concebida la fórmula del Derecho Internacional moderno, relativamente á los efectos que produce el estado de guerra y los derechos que crea á favor de un beligerante contra el estado enemigo y *en territorio enemigo*.

Bluntschli, que ha codificado el Derecho Internacional, dando á sus reglas la forma de artículos de un Código, dice así: — « Art. 539. Cuando una parte del territorio, una ciudad, un distrito es ocupado militarmente por el adversario, esta parte del territorio es desde luego regida por las leyes marciales del ejército que ha tomado posesion. La presencia de tropas beligerantes

en el territorio enemigo produce esta consecuencia de pleno derecho y sin declaracion prévia. — Art. 540. La ocupacion del territorio por las tropas enemigas, produce la suspension de las autoridades regulares y su reemplazo por las autoridades militares ».

En el mismo sentido aparecen redactadas las instrucciones para los ejércitos en campaña de la Union Americana, que fueron preparadas por el Dr. Lieber y aprobadas y espedidas por el Presidente Lincoln, para regir la conducta de los ejércitos Americanos en la gran lucha. Tomamos de los primeros artículos exactamente, conformes en el fondo á las fórmulas de Bluntschli las disposiciones siguientes: « 1° Una plaza, un distrito, una region ocupada por el enemigo, quedan sometidos por el solo hecho de la ocupacion bajo el imperio de la ley marcial del ejército invasor ú ocupante. La ley marcial es efecto inmediato y directo, la consecuencia espontánea de la ocupacion ó de la conquista. La sola presencia del ejército enemigo, pone en vigor la ley marcial de este ejército. 2° La ley marcial no cesa de ser aplicable *durante la ocupacion*, sinó á consecuencia de una proclamacion del Comandante en Gefe, ó bien á consecuencia de una mencion especial en el tratado que ponga fin á la guerra, cuando la *ocupacion* de una plaza ó de un territorio *continúa* despues de la ocupacion de la paz como una de sus condiciones. 3° La ley marcial en un país enemigo, consiste en la suspension en provecho de la autoridad militar del ejército ocupante, á las leyes criminales y civiles, de la administracion y del gobierno del país al cual pertenece la ciudad ó territorio ocupados, y en la situacion en su lugar y caso, del gobierno y de la autoridad militar, aun en lo que concierne al derecho de dictar leyes generales, en tanto cuanto las necesidades militares exijan esta suspension, esta sustitucion y esta facultad de legislar. 4° La ley marcial no es otra cosa que el ejercicio de la autoridad militar, conforme á las leyes y usos de la guerra ».

En esta inteligencia de la ley marcial, como ley de guerra, como ley de las naciones, es indudable que queda fuera de los límites de la constitucion y que su aplicacion quedaría reducida al territorio comprendido en las operaciones militares y reducida al caso de una ocupacion militar de nuestro territorio por una potencia enemiga ó del territorio enemigo por los ejércitos de la nacion.

Pero jamás podría admitirse como un resorte legítimo del gobierno del país en sus conflictos domésticos como un poder conferido por la Constitucion para el gobierno de la sociedad, ni como un resorte confiado por ella á la administracion en casos especiales de conmocion interna y fuera de los límites de la ocupacion militar.

La Constitucion ha previsto sin duda esos conflictos y esos casos especiales y conferido en tales ocasiones los poderes necesarios y que ha creido suficientes para dominarlos y vencerlos. Ella ha autorizado especialmente la declaracion del estado de sitio para el caso de conmocion interior ó de ataque esterior que ponga en peligro el ejercicio de la Constitucion ó de las autoridades creadas por ella; y ha cuidado de encerrar dentro de límites fijos é invariables, la estension de esas facultades y el alcance de ese poder.

En ningun caso ha podido suponerse bajo el imperio de circunstancias tan estraordinarias que suprimieran completamente su propio imperio, y declarándose impotentes para dominarlas autorizara su propia conculcacion por la eleccion de un dictador á quien como en la antigua Roma la patria confiara su gobierno y su salvacion, fiando su suerte á su propia inspiracion y energía.

Ni implícita ni esplícitamente podria apoyarse en la constitucion una semejante autoridad, y hoy mismo en la Union Americana que tan conmovida se siente despues de la lucha en el vigor moral de sus instituciones libres, vuelta la calma á los espíritus, sus mas grandes pensadores reaccionan contra los

abusos, los escesos, las doctrinas destructoras de la libertad que en medio de la lucha y ofuscados los espíritus por la pasion ó por el furor de la guerra habian considerado como instrumentos útiles ó necesarios para alcanzar la victoria.

Webster, habia dicho ya, el signo característico del despotismo se descubre al instante, cuando la accion de la ley no gobierna, sinó la voluntad de un hombre; porque á medida que la eficacia de la ley se pierde y la voluntad de un hombre se manifiesta, el derecho se debilita y la arbitrariedad se fortalece.

Si queremos conservar en nuestra patria el vigor y eficacia de nuestras instituciones libres, si debemos impedir que sean desvirtuadas ó destruidas por doctrinas que minan su esencia misma que son contrarias á sus preceptos espresos, tan contrarias que pretenden fundar la dictadura en sus mismas disposiciones, pretestando su conveniencia ó necesidad en casos determinados; de todos modos debemos rechazar con toda energía los argumentos especiosos y los groseros sofismas con que han procurado apoyarse en el espíritu mismo de la Constitucion y lamentando que esas doctrinas hayan tenido entre nosotros una propagacion oficial, en la obra de Whiting, «Poderes de Guerra del Presidente», debemos solo considerarla como un ejemplo del poder de las pasiones en las luchas de partido, ó de los estremos á que puede verse arrastrado el poder público, en una lucha ardiente que conmueva la condicion social y política de un pueblo, que hasta entónces habia vivido libre y feliz al amparo de sus instituciones.

En corroboracion de estas ideas, permítame V. E. al terminar, transcribir las opiniones de eminentes publicistas americanos é ingleses de donde es originaria la ley marcial en su genuina significancia, como aplicacion de las leyes y la jurisdiccion militar en el gobierno del país, fuera de los casos de ocupacion bélica, regidos por el derecho de gentes.

Macauley, refiere cómo á consecuencia de un motin militar

de un regimiento Escosés, el Parlamento se vió obligado á dar una ley que autorizara al Rey para reprimir los motines y desórdenes de la tropa, conteniéndola en la debida obediencia é impidiendo que pusiera en peligro las libertades públicas. Esta ley votada primero por un corto plazo y despues anualmente hasta nuestros dias, era siempre objeto de vivas resistencias, hasta que, « encontrándose todos los partidos acordes sobre « el principio general, una larga serie de Mutin y Bills pasó « sin discusion alguna si no es que algun artículo particular « pareciera exigir alguna enmienda quizá porque el ejército vino « á ser así gradualmente y casi imperceptiblemente una de las « instituciones de Inglaterra, es que se ha mantenido en tan « perfecta armonía con todas las otras instituciones, que una « sola vez durante ciento sesenta años ha faltado á su fidelidad « al trono, ó desobedecido á la ley, ni jamás ha amenazado los « tribunales ni procurado intimidar los cuerpos constituyentes. « Hasta hoy, sin embargo, los Estados del Reino continúan esta- « bleciendo periódicamente con un celo laudable, un marco « sobre el límite que fué trazado en la época de la revolucion. « Proclaman solemnemente cada año la doctrina fijada en la « declaracion de derechos; y solo en seguida acuerdan al Sobe- « rano un poder estraordinario para gobernar un número deter- « minado de soldados, segun ciertas reglas durante un año mas ». (*Historia de Inglaterra*, tomo IV, pág. 42).

Fischel, en su notable obra sobre la Constitucion de Inglaterra, despues de recordar los mismos antecedentes que Macauley, sobre el orígen de la legislacion especial de esa nacion, transcribe en la página 293, el encabezamiento del Acto del año 16 del Reino de Victoria, cap. 9, con el título de Mutiny Bill, concebido en los términos siguientes: — « Bien que ningun « hombre, dice, despues de los considerandos que establecen « la necesidad de un ejército para la seguridad del Reino y « mantenimiento del equilibrio europeo, pueda ser condenado

« en este Reino á sufrir en su vida y en su cuerpo, de otro modo « que por el juicio de sus Pares y segun las leyes establecidas « y conocidas del Reino, y que nadie pueda ser legalmente cas- « tigado segun la ley marcial en tiempo de paz, importa esen- « cialmente mantener en este ejército una forma de castigo « ejemplar y mas rápido que lo que permiten las formas ordi- « narias de la ley para los soldados amotinados ó rebeldes ó « culpables, ya sea de desercion ó de delitos que perjudiquen « la disciplina militar, etc. ».

« No faltaron tentativas en el último siglo, para la supresion « de este ejército permanente, que solo es tolerado legalmente, « como se vé. El 24 de Febrero de 1717, treinta Lores protes- « taron contra el *Mutiny Act*, alegando: — 1° El peligro de « todo ejército permanente para la libertad, tanto mas grande « en Inglaterra, cuanto que en ella está sometido á un *derecho « marcial* desconocido á la *Commwn Law;* pues que oficiales « y soldados estando privados de los derechos de ingleses « libres, los Lores oponentes ven en ellos, un grave motivo de « aprension, no prestándose nadie con mas facilidad á servir de « instrumento, para despojar á los otros de sus derechos, que « aquellos que están despojados de esos mismos derechos; en « fin, que el derecho de establecer disposiciones de guerra « tiene el inconveniente de armar al Soberano con un poder « discrecional en materia de legislacion. El hecho de una seme- « jante protesta, se renovó en 1721. En 1732, Pulteney aun « reclamaba contra el mantenimiento de los ejércitos perma- « nentes.

« Los oficiales y soldados del ejército inglés, no tienen fuero « especial para los delitos que no caen bajo la accion penal del « *Mutiny Act*, y son obligados á comparecer ante los Jueces « del Derecho Comun, por felonía ó cualquier otro delito. En « virtud de un acto reciente del XXV-VI año del Reino de Vic- « toria, Capítulo 65, todo militar acusado de asesinato ó muerte

« de otro militar, debe ser, sin consideracion al domicilio, juz-
« gado por la Corte Criminal Central.

« El ejército no puede ser empleado en el interior, sinó á
« peticion de las autoridades civiles, personalmente responsables
« de toda requisicion de este género; el soldado es tambien
« responsable de su intervencion, y castigado si ha cometido
« una transgresion de la ley. Porque, como dice Urquihart, un
« hombre, por el hecho de su enrolamiento, no se liberta de la
« ley del país. De ese hecho, solo resulta para él una nueva su-
« jecion á otra ley. Sometido, como ántes á la ley civil, debe
« además obediencia á la ley militar. Todo soldado que reciba
« una órden ilegal, como por ejemplo la de hacer fuego sobre
« una reunion, sin haber sido personalmente atacado, sabe bien
« que será ahorcado si obedece; por eso una órden semejante
« jamás ha sido dada ligeramente. Habiendo dicho un dia un
« oficial, que preferia ser fusilado por desobediencia á la órden
« de su superior, á ser ahorcado por el hecho de violacion de la
« ley y de un atentado contra la libertad, el duque de Forck,
« tory como el que mas, replicó, que todo oficial que procedia
« de otra manera, mereceria ser fusilado y ahorcado. Creo tam-
« bien, agregó, que todos los oficiales del Ejército Británico,
« harian tan poco caso de una órden ilegal, como creo imposible
« que haya un Comandante en Gefe, capaz de dar semejante
« órden. Cómo hay apelacion de los tribunales militares á las
« Cortes de Justicia del Reino, el peligro para un oficial de ser
« fusilado en ese caso particular de desobediencia no seria pre-
« cisamente muy grande. La historia de Inglaterra, ofrece, por
« el contrario, multitud de ejemplos de militares sometidos á
« una instruccion criminal por el hecho de una intervencion
« ilegal. » (págs. 292 á 296).

Rey, en su obra sobre las instituciones jurídicas de la Inglaterra, dice: « que en 1693 por la primera vez un acto del Par-
« lamento autorizó al Gobierno á erigir Cortes Marciales para

« la represion de los motines, deserciones y otros delitos contra
« la disciplina militar.

« Hay un vicio fundamental en la composicion de esas Cortes; « y es que siendo criadas en el momento que se necesitan, « deben tener la parcialidad de toda comision judicial especial, « que se nombra siempre de entre los hombres que se creen mas « hóstiles al género de hechos que se quieren reprimir. Esta « causa ejerce sobre todo su influencia en las disenciones inte- « riores y aún respecto de actos simples de un motin pasagero.

« Una disposicion que puede servir de garantía para los ciu- « dadanos y militares mismos, es que los juicios de las Cortes « Marciales, están sometidos á la revision de la Corte del Banco « del Rey, que puede perseguir criminalmente á los jueces de « esas Cortes en el caso de esceso de poder. » (Tomo II, Cortes Marciales Nacionales, pág. 121).

En fin Nor Thonson, distinguido publicista Americano que se ha hecho cargo de todas las cuestiones de palpitante actualidad, examina desde su orígen la Ley Marcial, recuerda como ha sido entendida y aplicada en Inglaterra, los efectos que ella ha producido en aquella nacion eminentemente libre con relacion al ejercicio del Poder Judicial y en la página 63 de su importante obra *Tree Government*, dice: « Es preciso recordar que estas cosas « ocurrieron en Inglaterra ántes que la Ley Marcial fuese abo- « lida, mediante la peticion de derechos, la cual declara que « ningun hombre sea juzgado contra las formas de la Gran Carta, « que nadie podrá ser condenado á muerte sinó por las leyes « establecidas en este Reino ó por acto del Parlamento, y que « las comisiones para proceder por la Ley Marcial sean revo- « cadas y anuladas, para que ninguno de los súbditos de Su « Magestad sea destruido ó muerto contra las leyes y franqui- « cias del Reino; y largo tiempo ántes que las débiles Colonias « de este país hubiesen llegado á ser objeto de sérios intereses « políticos. Así es como el pueblo Americano fué deudor al

« Gabinete de Mr Lincoln de su primera leccion práctica en
« esta especie de gobierno arbitrario.

« La ley militar como se entiende y ejecuta en Inglaterra, no « corresponde á los fines que se buscan en su aplicacion, por « que ella deja al Poder Judicial perfectamente libre para « ejercer control absoluto sobre todos los presuntos delitos « cometidos fuera del servicio militar. No existe camino posible « abierto sobre esto último bajo el sistema británico, segun el « cual el militar puede adquirir jurisdiccion sobre delitos « civiles. Esta es la fisonomía del sistema que mejor que nin- « gun otro marca la transicion de las reglas feudales ó arbitra- « rias al presente gobierno de la ley.

« La Star Chamber, alta comision y Corte Marcial, es una « hermosa espresion de la antigua ley de Inglaterra, viejo pacto « que ha sido inutilizado por los políticos cristianos de la época « actual.

« Solo podemos triunfar, agrega, convenciendo al mundo que « somos capaces de defender el libre sistema de las leyes; y « esto jamás podremos conseguir sinó subordinando al militar « en tiempo de guerra ó en tiempo de paz al poder civil. Es el « poder civil el que hace la guerra contra el Sud. Es el poder « civil, el que está luchando por su existencia y su manteni- « miento. El emplea el ejército, y debe siempre mandar el « ejército. Este mando además debe ser absoluto. Es la ley del « Estado, y fuera de ella no existe otra ley. Las batallas per- « didas en esta tremenda lucha, no han sido nuestros mas « grandes infortunios. Cuando posponemos la existencia del « Poder Judicial independiente y admitimos el Gobierno de « circunstancias sobre el mas venerable y liberal sistema de « leyes, hicimos mas para degradar el pueblo de los Estados « Unidos ante el mundo, que lo que podriamos haberlo hecho « por la pérdida de mil batallas. Entendemos traficar con la « fama de una gran nacion por los transitorios y criminales « honores de la gloria marcial. Preferimos entónces la ley

« Normanda de conquista y de gobierno feudal, á la ley Sajona « de libertad, igualdad y justicia. Tendríamos entónces el do- « minio de la espada con toda su sangre y devastacion. »

Así es como los escritores ingleses y americanos comentan la ley marcial como medio de gobierno, como regla á que se sometan las relaciones de derecho de los ciudadanos en épocas determinadas, reaccionando los últimos y protestando contra el uso que de ella se hizo en la última gran guerra con tanto daño de las instituciones y de las libertades públicas.

El mismo escritor insistiendo en ésta doctrina que ilustra con casos prácticos de la jurisprudencia inglesa, trae estas notables palabras: — « Todas nuestras nociones de libertad civil y de lo « que es necesario para mantenerla, las hemos heredado de « Inglaterra. Hemos comenzado en nuestra carrera de Gobierno « independiente, sobre esta base clara: Que mientras el go- « bierno civil subsista debe ser absoluto sobre el poder mi- « litar. Hemos ido mas léjos todavia, y sostenemos que el « último debe considerarse siempre como ajente del primero, « sujeto á sus órdenes en todo tiempo; y que todo individuo « del ejército que pretenda ejercer autoridad originaria, es « delincuente ante las leyes, sujeto á castigo ante los tribunales « ordinarios y personalmente responsable de los perjuicios que « haya podido ocasionar á cualquier ciudadano. Esta doctrina « ha sido confirmada repetidas veces en Inglaterra. Castigos « estremados se han aplicado á gefes militares aun en casos en « que habia alguna dificultad para asegurar que el delito ori- « ginado era estrictamente militar en su naturaleza.

« El mas célebre tal vez, de esta clase de juicios criminales, « es el del Gobernador Wall, que por un consejo de guerra « hizo azotar á un soldado hasta causarle la muerte. Veinte « años despues de este hecho, Wall fué juzgado por las autori- « dades civiles, fué condenado y ejecutado. El caso jiraba sobre « el solo punto de saber si el delito que se imputaba al soldado « habia sido estrictamente militar en su naturaleza. Habiéndose

« decidido la negativa, la sentencia primitiva del Consejo de « Guerra no pudo protejer al desgraciado comandante, porque « segun la decision del tribunal ordinario, la autoridad militar « no tenia jurisdiccion alguna en el delito del soldado ».

De la esposicion de la doctrina, fundada en los antecedentes históricos y legislativos resulta, pues, claramente, que la Ley Marcial, como ley del pais en determinadas situaciones, que atribuya jurisdiccion estensiva á todos los ciudadanos y establezca tribunales especiales para aplicarla; que confiera ó aumente facultades y poderes que la Constitucion no acuerda ni podria conceder sin revocarse á sí mismo, no solo es una institucion puramente imaginaria entre nosotros, sinó aun que ella fué ya revocada en las naciones que alguna vez soportaron sus funestos efectos y en los cuales tuvo orígen.

V. E. me permitirá fundar aún esta conclusion en la autorizada palabra del mismo Thomson.

« Que otros gobiernos, incluso Inglaterra con dos ó tres « escepciones en el continente, hayan abolido la Ley Marcial, « no es argumento contra su legal existencia aquí: debemos ir « á nuestros propios recuerdos, para probar que es ella una de « las instituciones de nuestra sociedad. Si no podemos encon- « trar su autorizacion allí, es claramente una usurpacion. El « Presidente dice, que está autorizado á esforzar sus poderes « en tiempo de guerra. Su orígen es, pues, la guerra. Habia « sido abolida en Inglaterra, mucho tiempo antes de la revo- « lucion. Habia sido abolida por consiguiente en este pais en el « mismo tiempo. No formaba parte de las instituciones de los « Estados cuando adoptaron la Constitucion. La ley militar « escepto el estricto servicio militar, dirigido esclusivamente « á la conservacion de la disciplina, era enteramente descono- « cida en ambos paises ».—Este principio se ilustra con un caso que se originó en el fuerte Niágara en el Estado de New York.—« Un soldado cometió un delito dentro de la jurisdic- « cion del fuerte, y estando estrictamente en servicio militar.

« Fué sometido á las autoridades civiles. Se arguyó que era « un delito cuyo conocimiento solo correspondia á los tribu- « nales militares. La Córte declaró que el fuerte Niágara, sin « embargo de ser un puesto ocupado por tropas de los Estados « Unidos, nunca habia sido transferido á estos últimos, para « escluirle de la jurisdiccion del Estado, que los Estados « Unidos solamente podian adquirir jurisdiccion dentro de los « límites de un Estado por cesion positiva. Se arguyó en la « cuestion: que el fuerte Niágara habia sido declarado y entre- « gado por las autoridades británicas á los Estados Unidos á la « terminacion de la guerra; y que el Estado por aquella razon « no habia adquirido la jurisdiccion de aquel territorio. Contra « este plausible razonamiento, la Córte opuso la gran doctrina « de la soberanía é independencia del Estado. »

Resulta además que la genuina y propia inteligencia de la Ley Marcial, es la aplicacion de las leyes militares y de la jurisdiccion militar, al juicio de delitos y de personas estrañas al servicio militar y á los estrictos deberes de la disciplina; y que solo el deseo del triunfo, la agitacion de los espíritus, la influencia de las pasiones han podido sugerir la idea de convertirla en un instrumento de gobierno y de conciliarla con la Constitucion, perfectamente incompatible con su aplicacion, y la cual destruiria al instante de ponerse en ejercicio.

Por otra parte, si la ley marcial, no es otra cosa que el conjunto de las leyes y usos de la guerra, que rigen las relaciones de los ejércitos beligerantes, para con las personas ó las cosas de un territorio enemigo militarmente ocupado, su importancia y su poder deben buscarse en los principios del derecho internacional, estraños á la Constitucion, fundados en la razon natural, y limitados por las exigencias de la necesidad y de las conveniencias legítimas. La ley de las naciones, es su orígen y no la Constitucion; en ella debe pues buscarse su legitimidad, su estension, su responsabilidad; nada tiene que hacer con las instituciones propias de cada pueblo, en cuanto no importe una

espresa violacion de las reglas que particularmente hubieren establecido para el caso mismo de su aplicacion.

La imperiosa y absoluta necesidad, es entónces el fundamento de la Ley Marcial, cuyo imperio desaparece cuando deja de existir este único principio de su existencia y aplicacion legítima. Tal es la doctrina adoptada por la Suprema Córte de los Estados Unidos en el caso de Milligan, la cual, dando á la Ley Marcial la inteligencia de la aplicabilidad de las leyes y jurisdiccion militar al gobierno de la sociedad civil, concreta su aplicacion al caso de necesidad y de ausencia de todo otro poder ó autoridad que pudiera legítimamente funcionar.

Hé aquí Exmo. Señor en que términos se espresa la opinion de la Suprema Córte sobre este punto.

« De lo que se ha dicho sobre esta materia, se deduce, que « hay ocasiones en que puede aplicarse la *regla marcial.* Si « durante la guerra civil, los tribunales están actualmente cer- « rados, y es imposible administrar justicia criminal segun la « ley, entónces, en el teatro de las operaciones activas, donde « realmente existe la guerra, se hace necesario sostituir de « algun modo la autoridad civil derrocada, á fin de afianzar la « seguridad del ejército y de la sociedad ; y como no queda en « pié otro poder que el militar, le es permitido gobernar por « la *regla marcial,* hasta que las leyes recobren su libre « curso. Como es la necesidad la que crea la regla, ella tambien « señala el límite de su duracion : porque si este género de go- « bierno continuara, aun despues de restablecidos los tribu- « nales ordinarios, eso seria una grosera usurpacion de poder. « La *regla marcial* nunca puede existir cuándo y dónde los « tribunales están abiertos y en el libre y desembarazado ejer- « cicio de su jurisdiccion ».

FIN DEL APÉNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO

DE LOS

AUTORES Y OBRAS CITADAS

A

Alberdi. — La omnipotencia del Estado es la negacion de la libertad individual.—Organizacion de la Confederacion Argentina.

Acolas. — Philosophie de la science politique.

Allard. — La Liberté.

Arosemena. — Constituciones políticas de la América Meridional.

Ahrens. — Derecho Natural.

Annals of Congrees of U. S.

Annuaire de législation étrangère.

Almirante. — Diccionario militar.

Alcalá Galiano. — Lecciones de Derecho político constitucional.

B

Berthauld. — Philosophie politique de l'histoire de France.

Bluntschli. — Derecho público universal, traduccion de Garcia Moreno y Ortega y Garcia.

Bluntschli. — Discurso sobre el Derecho internacional (en la Revue des cours litteraires)—Droit des gents codifié.

Bilbao. — Obras completas.

Blackstone. — Commentaires.

Brugham (Lord). — De la Démocratie, traduccion de Louis Régis.

Bisset. — The hystory of the strugle, for parlamentary government in England.

Batbie. — Droit public et administratif.

Bucher et Roux. — Histoire parlementaire de la Révolution française.

Bancroft. — Histoire des Etats-Unis.

Block. — Dictionnaire politique.
Bouvier. — Law dict. Institutes.
Bercher. — En la Revue de Droit International.
Bateman. — Constitutional Law.
Bumps. — Constitutional descriptions.
Baker. — Notas á Halleck.
Boyd. — (Wheaton by).
Browson. — American republic.
Binney. — The privilege of the writ of Habeas Corpus.
Boissier (Gaston). — L'opposition sous les Césars.
Bagehot. — La Constitucion Inglesa.
Bourguignon. — Jurisprudence des Codes Criminels.
Balmes. — El protestantismo comparado con el catolicismo.
Barbeyrac. — Notas á Grotius. — Notas á Puffendorf.
Barclay. — Contra Monarchom.
Bossuet. — Avertissement 5, sur les lettres de Jurien.
Burke. — Considération sur la Révolution de France.

C

Constant (Benjamin). — Politique constitutionnelle.
Clamageran. — La France républicaine.
Costa. — Teoría del hecho jurídico.
Calvo. — Droit international théorique et pratique.
Calderon. — Diccionario de lejislacion peruana.
Clement. — La Science sociale.
Cooley. — Const. limitations. — Notas á Blackstone.
Chauveau (Adolphe). — Théorie du Code pénal.
Christian. — Notas á Blackstone.
Castelli Dionigi. — L'amministrazione della giustizia in Inghilterra.
Curtis. — Descisions of the Supreme Court of the U. S. — Historia de la Constitucion, traduccion de Cantilo.
Cauchy. — Droit maritime international.
Código penal de la Provincia de Buenos Aires.
Cockburn, (Lord). — Charge of the Chief justice of England to the grand jury, in the case of the Queen against Nelson and Brand.
Cortés (Donoso). — Obras.
Calhoun. — Works.
Chassan. — Délits et contraventions de la parole.

D

Duarte. — Estudio sobre las garantías individuales.

GONZALEZ (F.) — Lecciones de Derecho Constitucional. — Proyecto sobre procedimientos judiciales.
GROTIUS. — Droit de la guerre et de la paix, traduccion Pradier-Fodéré.
GRINKE. — Ciencia Constitucional, traduccion de F. Gonzalez.
GARCIA (M. R.). En la Revista de Buenos Aires.
GUIZOT. — Essai sur l'Histoire de France.

H

HALLAM. — Historia Constitucional, traduccion de Guizot.
HÉLIE. — Constitutions de la France. — Traité de l'instruction criminelle.
HAUTEFEUILLE. — Droits des neutres.
HEFTER. — Droit des gens, traduccion Bergson.
HOUGH. — American Constitution.
HALL. — On international law.
HALLECK. — International law.
HAUS. — Principes généraux de Droit pénal.
HURD. — Essay on the law of Freedom and Bondage in the United States.
HOMERO. — Iliada, traduccion de Hermosilla.
HALLER. — Restauration de la science politique.

I

IVES. — Military law.
ISAMBER. — En el Dictionnaire politique, de Block.

J

JACQUEMYNS. — Revue de Droit international.
Judicial (El).
JEFFERSON. — Correspondence.
JOUSSE. — Traité de la justice criminelle.
Journal des Economistes

K

KENT. — Commentaries.
KLUBER. — Droit des gens.

L

LIEBER. — La libertad civil. — Instrucciones para los ejércitos de los Estados-Unidos — Manual of Political Ethics.
LABOULAYE. — L'Etat et ses limites. — Questions constitutionnelles.
LASTARRIA. — La América. — Política Positiva. — La Constitucion Política.
LAURENT. — Etudes sur l'histoire de l'humanité. — Principes de droit civil français.

O

Opinions of Attorneys General.
ODILON, BARROT y ARMAND CARREL (en Sircy, 1832).

P

PIERANTONI. — Trattato di diritto constituzionale.
PONTON (Visconde del). — De la libertad en Inglaterra.
POMEROY. — Constitutional law.
PRINS. — Etude comparative sur la procédure pénale à Londres et en Belgique.
PHILLIPS. — Des pouvoirs et des obligations des jurys.
PIMENTA BUENO. — Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro.
PASCHAL. — On constitution. — Law of Texas.
PHILLMORE. — International Law.
PREVOST PARADOL. — La France Nouvelle.
PARSON. — The personal and property rights of a citezen of the United States.
PY Y MARGALL. -- Las nacionalidades.
PRADIER FODERÉ Y FAURE. — Commentaire sur le Code de justice militaire.
PINHEIRO FERREIRA. — Principes de droit public. Notas á Vattel.
POUDRA Y PIERRE. — Traité pratique du droit parlementaire.
PIOLA. — L' Equilibrio Político.
PELLIZA — Manteagudo, su vida y sus escritos.
PACHECO. — Estudios de Derecho Penal.
PASICRASIE. — Recueil général de Jurisprudence des cours de Belgique.

Q

QUESADA (V. G.). — Nueva Revista de Buenos Aires.
QUIROGA, (C.). — Manual del ciudadano.
REMUSAT. — Politique libérale.
RUSSEL. — Histoire du Gouvernement et de la Constitution britanniques.
ROSSI. — Cours de Droit constitutionnel.
RAWL. — On Constitution.
Revised Statutes of the United States. — Statutes of New York.
Revue contemporaine.
RENOUARD. — Journal des Economistes.
Registro Nacional de la Repúbliaa Argentina.
Reglstro oficial de la Provincia de Buenos Aires.
RAWSON. — El estado de sitio segun la Constitucion Argentina.
ROYER COLLARD. — Dictionnaire politique.
REUS Y BAHAMONDE. — Teoría orgánica del Estado.
REAL (De). — Science des gouvernements.

THIERS. — Discours.
THIERCELIN. — Principes de Droit.

U

UGARTE. — Las Provincias ante la Córte.

V

VARELA (Florencio). — Tratado de los Estados del Rio de la Plata y Constituciones de las Repúblicas Sud-Americanas. — Comercio del Plata.
VICUÑA MACKENNA. — Historia de los diez años de la administracion Moreno.

Y

YRIGOYEN. — Justicia Nacional.
YHERING. — El combate por el Derecho.

W

WEBSTER. — Works.
WILMOT. — Opinions and judgements.
WHEATON. — Elements of international law.
WHITTING. — Poderes de guerra, traduccion de Rawson.
WHARTON. — Criminal laws.
WOOLSEY. — Political Science.

Z

ZINNY. — Efemeridografía.
ZACHARIÆ. — Derecho público aleman.

ÍNDICE GENERAL

DE LAS

MATERIAS COMPRENDIDAS EN ESTA OBRA

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS INDIVIDUALES

CAPÍTULO II

LIMITACIONES

CAPÍTULO VI

LOS PARTIDOS Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO VII

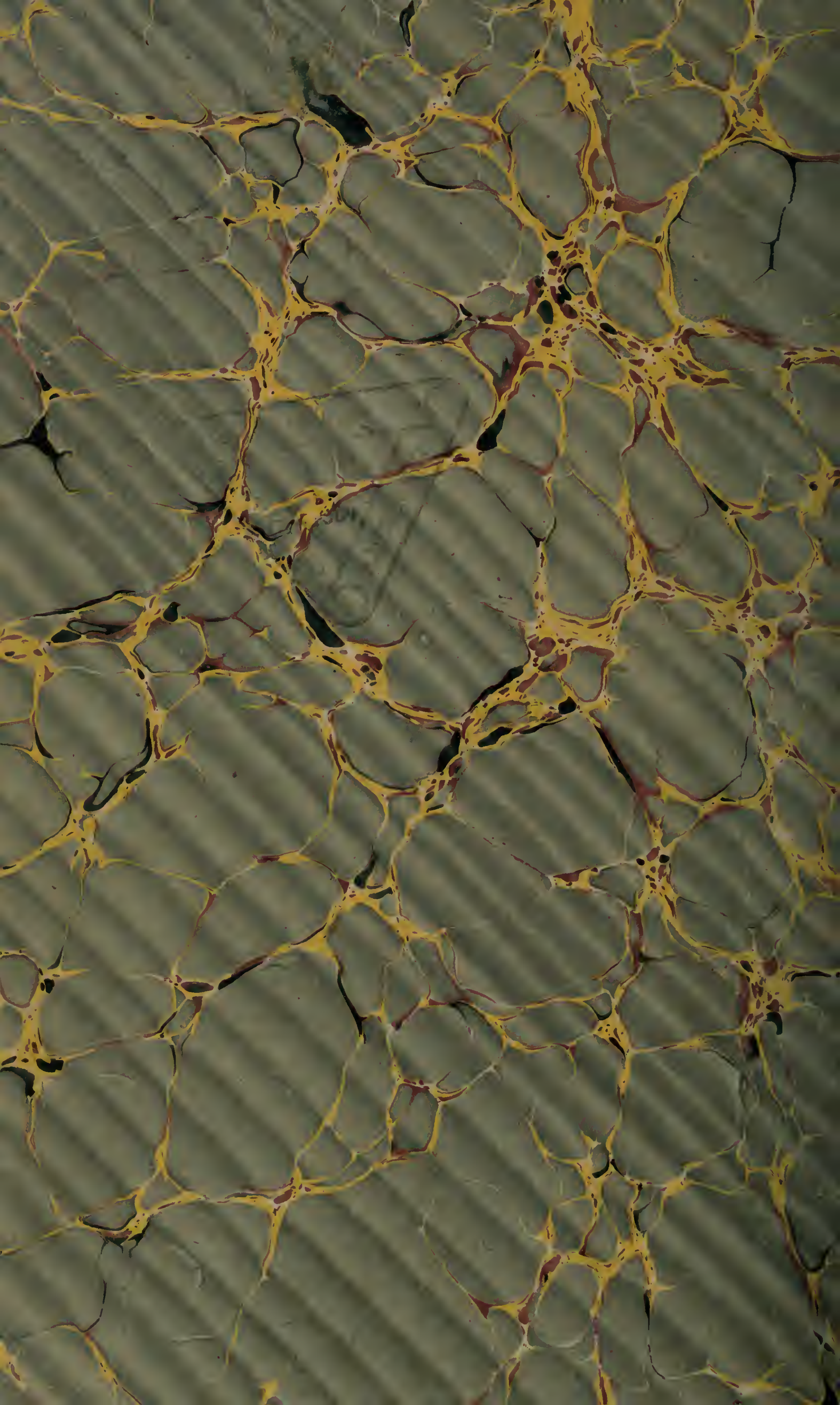
EL DERECHO DE RESISTENCIA

APÉNDICE

FIN DEL ÍNDICE GENERAL

FÉ DE ERRATAS

Páginas	Líneas	Dónde dice:	Debe decir:
3	8	suponerlo	suponer
19	29	1852	1853
43	34	de 1842	1824
46	3	y	é
46	7	concedidas	cometidas
46	27	Norvis	Norris
55	24	injuicia	enjuicia
56	6	segun aquel auto	segun aquel, el auto
65	31	si	se
89	7 y 8	aunque los trofeos de la victoria coronen	aunque los trofeos de la victoria no coronen
111		VI	VII
170	20	lo que	los que
172	27	invertidos	embestidos
177	27	motificada	modificada
177	31	deferenciándolo	diferenciándolo
185	31	en estado de sitio en la estension	en estado de sitio la estension
196	4	tomarse	temerse
198	nota 3	nacional	universal
209	5	difiere	defiere
213	6	*de la misma fecha*	del dia siguiente
213	8	85	86
215	9	este un hecho	este es un hecho
222	8	al	el
239	8	con todos caractéres	con todos los caractéres
246	18	á	ó
268	24	de cualquiera	cualquiera
291	21	estencion	estincion
334	18 y 19	gobernantes	gobernados
335	8	5°	2°
338	9	5°	4°
341	8	1786	1776
343	13	Troppan	Troppau




UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 14 07 10 10 006 5